

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y
PROCESAL
ÁREA DE DERECHO PROCESAL
PROGRAMA DE DOCTORADO: DERECHO EMPRESA Y
JUSTICIA



**ANÁLISIS DE LA IMPLANTACIÓN Y EFICACIA DE LA
VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL:
HACIA UNA MODERNIZACIÓN DE NUESTRO SISTEMA DE
JUSTICIA PENAL**

TESIS DOCTORAL

Director: Prof. Dra. Dra. h.c. Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal

Universitat de València (Estudi General).

Autora: Lda. Dña. M^a José Jordán Díaz-Roncero

Valencia 2014

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XI
PREÁMBULO	XVII

CAPÍTULO PRIMERO

SECCIÓN PRIMERA

INTRODUCCIÓN: CONCEPTUALIZACIÓN TÉCNICA DE LA VIDEOCONFERENCIA Y UTILIZACIÓN EN DIFERENTES SECTORES JURÍDICOS DISTINTOS AL PROCESO PENAL	3
---	---

I. DEFINICIÓN DE VIDEOCONFERENCIA	3
---	---

- | | |
|----------------------------|---|
| 1. Concepto..... | 5 |
| 2. Aspectos técnicos | 6 |

II. UTILIDAD EN VARIAS RAMAS DEL DERECHO DIFERENTES AL PROCESO PENAL	11
---	----

- | | |
|---|----|
| 1. En derecho mercantil..... | 11 |
| A) <i>Consejos de Administración</i> | 13 |
| B) <i>Juntas Generales</i> | 29 |
| 2. Solución extrajudicial de conflictos: el arbitraje | 41 |
| 3. Derecho procesal civil | 55 |

SECCIÓN SEGUNDA

LA UTILIZACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL79

I. FACTORES QUE INTERVIENEN EN SU INCLUSIÓN EN EL PROCESO PENAL79

1. Causas iniciales: victimización y saturación judicial79
2. Causas que se adicionaron posteriormente: seguridad y protección de testigos84

II. LA VIDEOCONFERENCIA EN TEXTOS PÚBLICOS INTERNACIONALES Y REGULACIONES INTERNAS DE DERECHO COMPARADO91

1. *Ámbito Internacional*.....92
 - A) *Corte Penal Internacional y Tribunales Internacionales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda*92
 - B) *Naciones Unidas*97
 - C) *Unión Europea*99
2. *Derecho comparado interno* 116
 - A) *Regulación de la videoconferencia en los Estados Unidos de Norteamérica* 117
 - a) *Introducción: The confrontation clause y su relación con la declaración de testigos a través de*

videoconferencia	121
b) Jurisprudencia destacada: <i>Craig, Crawford, Gigante y Yates</i>	125
c) <i>Center for Legal and Court Technology</i> , anteriormente <i>Courtroom</i>	156
B) <i>Utilización de la videoconferencia en el proceso penal italiano: la consolidación</i>	166
a) De la legislación de emergencia a la normalización de la aplicación de la videoconferencia en el proceso penal.....	169
b) Participación a distancia del acusado	177
c) Participación a distancia y práctica de prueba: <i>il telesame</i>	197
d) Convalidación jurisprudencial del empleo de la videoconferencia en el proceso penal italiano	213
C) <i>Otros países</i>	218

III. LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

1. Introducción en España del sistema de videoconferencia en el proceso penal	225
A) <i>Desarrollo histórico legislativo</i>	226
B) <i>Regulación actual</i>	239
2. Ventajas e inconvenientes	242

A) *Aspectos beneficiosos que aconsejan el empleo de la videoconferencia en el proceso penal*..... 244

B) *Elementos negativos que se pueden derivar de su utilización*..... 248

CAPÍTULO SEGUNDO

I. INTRODUCCIÓN: SEGURIDAD, PELIGROSIDAD Y PROCESO PENAL 257

1. La llamada sociedad del riesgo 261

2. La legislación de emergencia 269

3. La influencia de la sociedad del riesgo en la regulación de la videoconferencia en las declaraciones y participaciones a distancia del imputado-acusado..... 276

II. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES QUE PUEDEN VERSE COMPROMETIDOS POR EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA..... 282

1. Inmediación 284

A) *La intermediación como principio integrante del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías*..... 286

B) *Videoconferencia e intermediación*..... 297

C) *Inmediación y prueba en la segunda instancia*

<i>penal</i>	314
2. Contradicción	337
A) <i>Contradicción y Derecho de defensa</i>	340
a) Derecho a asistencia letrada	345
b) Relación entre el principio de contradicción y los aspectos positivos y negativos del derecho de defensa.....	364
B) <i>Derecho de defensa y videoconferencia a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 678/2005, de 16 de mayo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2006 y de 27 de noviembre de 2007</i>	369
3. Relación de la videoconferencia con otros principios del proceso: oralidad, publicidad, concentración y unidad de acto e igualdad de armas	397
A) <i>Oralidad</i>	399
B) <i>Publicidad</i>	415
C) <i>Concentración y unidad de acto</i>	436
D) <i>Igualdad de armas</i>	442

III. HACIA UN NUEVO PROCESO PENAL: EXIGENCIA DE REFORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS PROCESALES PARA ACOMODARSE A LA NUEVA SOCIEDAD TECNOLÓGICA EN

GENERAL Y DE UNA MEJOR REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN PARTICULAR 453

1. Concretar los supuestos y el procedimiento de empleo de la videoconferencia en la comparecencia del acusado . 459
2. Delimitación de la práctica de prueba 464
3. Reformulación de los principios procesales..... 466
4. Exigencia de una nueva regulación del empleo de la videoconferencia en el proceso penal..... 469

CAPÍTULO TERCERO

I. DIFERENTES USOS DE LA VIDEOCONFERENCIA EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES 479

1. Comparecencia de la parte pasiva del proceso: imputados y acusados..... 484
 - A) *Razones de utilidad* 487
 - B) *Razones de seguridad o de orden público*..... 491
 - a) Imputados y acusados en situación de prisión preventiva o cumpliendo condena en un centro penitenciario 492
 - b) Acusados menores de edad 530
2. Testigos 535
 - A) *Testigos protegidos* 540

B) <i>Menores de edad</i>	551
C) <i>Otras víctimas especialmente vulnerables: víctimas de violencia de género</i>	573
a) Problemática general para la obtención de una prueba testifical de las víctimas de violencia de género	582
b) Solución: deposición por videoconferencia ...	592
D) <i>Prueba preconstituida y prueba anticipada</i>	597
E) <i>Miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado</i>	606
a) Modificación legal para introducir las declaraciones de los agentes policiales a través de videoconferencia	610
b) Articulación de un Protocolo de actuación	612
3. Prueba pericial.....	615
A) <i>Comparecencia virtual de los peritos en el plenario</i> 583	
B) <i>Prueba pericial ante el Tribunal del Jurado</i>	622
4. Valoración de la prueba testifical y pericial realizada a través de videoconferencia	624
5. Otros intervinientes en el proceso penal.....	626
A) <i>Instituciones y operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal</i>	627
a) Ministerio Fiscal.....	628
b) Intervención de abogados y procuradores en el	

proceso penal por videoconferencia.....	641
c) Juez de Vigilancia Penitenciaria	646
B) <i>El intérprete</i>	647
a) Las concretas actuaciones del intérprete susceptibles de llevarse a cabo a través de videoconferencia	651
b) Intervención del intérprete a través de videoconferencia	658
6. Otras utilidades: reconocimiento en rueda y asistencia judicial.....	662
A) <i>Reconocimiento en rueda</i>	663
a) Concepto, naturaleza y práctica del reconocimiento en rueda	664
b) Utilización de la videoconferencia en la diligencia de reconocimiento en rueda.....	669
B) <i>Empleo de la videoconferencia en el auxilio judicial interno e internacional</i>	673

II. PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA 678

1. Iniciativa y tipo de resolución	678
2. El papel fundamental del secretario judicial en la aplicación práctica de la videoconferencia.....	681
A) <i>Comprobación de la identidad del declarante y</i>	

Análisis de la implantación y eficacia de la videoconferencia en el
proceso penal español...

<i>autenticidad de la declaración</i>	684
<i>B) Fe pública judicial</i>	685
CONCLUSIONES	693
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	707

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AktG	Aktiengesetz (Ley de sociedades alemana)
AN	Audiencia Nacional
ARP	Sentencias de AP, AN y TSJ en materia penal
art. (arts.)	Artículo (artículos)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATF	Arrêts Tribunal Fédéral (Sentencias del Tribunal Federal de Suiza)
BDA	Base de Datos Aranzadi
BGBL	Gaceta de Derecho Federal Alemán
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (Colección oficial de las decisiones del Tribunal Federal de Suiza)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el que se aprueba el Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional

CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950
Cfr.	Confróntese
Cit.	Citado
C.P.P.	Codice di Procedura Penale
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EDB	Base de Datos El Derecho, Bibliografía
EDJ	Base de Datos El Derecho, Jurisprudencia
EOMF	Ley 50/1981, de 30 diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
FGE	Fiscalía General del Estado
F.J.	Fundamento Jurídico

Gazz. Uff.	Gazzeta Ufficiale (Diario Oficial de Italia)
JUR	Jurisprudencia Aranzadi
LECiv/1881	Real Decreto de 3 de febrero de 1881, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Civil
LECiv	Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Real Decreto, de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LO 19/1994	Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales
LORPM	Ley Orgánica 1/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal del Jurado
LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueba la

	Ley de protección integral contra la violencia de género
LGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, por la que se aprueba la Ley General Penitenciaria.
LSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NaStraG	Namensaktiengesetz (Ley alemana sobre acciones y ejercicio del derecho a voto)
NZG	Revista Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RI	Referencia Iustel
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RD	Real Decreto
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	Código Procesal Penal Alemán
TACPP	Propuesta de Texto Articulado de Código de Proceso Penal elaborado por la Comisión institucional para la creación de un texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TICs	Tecnologías de Información y Comunicación
TOL	Base de Datos Tirant on line
Trad.	Traducción
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado Unión Europea, hecho en Maastricht, el 7 de febrero de 1992.

v.	versus
V. gr.	Véase generalmente
Vid.	Véase
Vol. (vols.)	Volumen (volúmenes)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrech

PREÁMBULO

Nos hallamos en una sociedad en la que el desarrollo y la difusión de las tecnologías crecen a un ritmo vertiginoso, produciendo una importante transformación en todos los ámbitos de nuestra actividad diaria. Hemos pasado de la sociedad industrial a la sociedad de la información, suponiendo estos avances un punto y final a la llamada “era contemporánea” e inaugurando una nueva a la que desde distintos sectores se le ha bautizado con el nombre de “era digital”. Las nuevas tecnologías han penetrado con gran fuerza en nuestra vida diaria, ya no se puede prescindir de los teléfonos móviles, del uso de internet y de tantos otros medios técnicos y electrónicos convertidos en utensilios vitales para nuestro quehacer diario.

Estos nuevos medios técnicos se han venido integrando en diferentes disciplinas, como por ejemplo la cirugía –véase la operación de un tumor cerebral por neuronavegación, ya que implica menos riesgos de error a la hora de extraer el mismo-, se está implantando en la comunidad educativa, en las relaciones laborales y en particular en el ámbito del Derecho se viene aplicando en las sociedades mercantiles –en los Consejos de Administración y en las Juntas de Accionistas-, en los procedimientos arbitrales y en la Administración Pública.

Con todo, es principalmente en el sector público donde más impacto deben tener estas innovaciones técnicas para optimizar su eficiencia y su rendimiento y así mejorar la calidad de sus prestaciones a los ciudadanos.

Pero no obstante, dentro de la Administración Pública, la Administración de Justicia es la gran olvidada. No se disponen ni de recursos materiales ni humanos para atender de una forma adecuada e inmediata todos los asuntos que se presentan ante la misma, careciendo de medios tan básicos en algunos lugares, como ordenadores personales, asemejándose más bien la Justicia que disponemos a la del siglo XIX, quedando bastante lejos una Justicia acorde al siglo XXI.

La situación se ha tornado tan insostenible, que desde hace algunos años se han puesto en marcha políticas de mejora y modernización de la Administración de Justicia, implantando en la misma las llamadas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs), mostrándose dichos medios técnicos muy eficaces a la hora de conseguir una Justicia más dinámica, menos lenta y más accesible a los justiciables.

De ello, precisamente, son sabedores los principales agentes de impartición de justicia, como son los jueces que se encuentran en activo, los cuales han venido reivindicando últimamente una imperiosa modernización de la Administración de Justicia, reclamando entre otras cuestiones la necesidad de inversión e

instalación de tecnologías de información y comunicación en los órganos jurisdiccionales en beneficio de una mejor justicia. Estas exigencias han llegado hasta el extremo de llevarse a término el 18 de febrero de 2009 la primera huelga de jueces en España, en la que se dejaban apartadas pretensiones de carácter económico como las referentes al aumento de salarios, y se solicitaba medidas eficaces de modernización en el ámbito judicial.

Existe una gran diversidad de mecanismos técnicos que pueden facilitar la tarea de los sujetos que actúan en la Justicia, y acelerar de esta forma los trámites judiciales, evitando la saturación de los Juzgados. Podríamos señalar a modo de ejemplo los siguientes: la transmisión telemática de documentos de Abogados y Procuradores a los órganos jurisdiccionales, ganando estos operadores jurídicos tiempo para realizar otras actividades relacionadas con su trabajo; la utilización de la videoconferencia en la declaración de testigos alejados de la sede judicial, evitando de esta forma desplazamientos así como posibles suspensiones por las eventuales contingencias factibles de manifestarse en dichos traslados; o la denominada agenda electrónica para concertar las comparecencias de los detenidos desde las dependencias policiales con los jueces en caso de juicios rápidos.

Y es que la modernización de la justicia se hace esencial, debiéndose incorporar todos los recursos humanos, materiales y tecnológicos posibles debido a que la situación actual de nuestra

sociedad ha variado en gran medida. Los índices de criminalidad han aumentado considerablemente, se ha desarrollado hasta cimas inimaginables la criminalidad organizada y cada vez hacen más acto de presencia en nuestras vidas grupos terroristas que actúan a nivel internacional –el caso del terrorismo de corte *yihadista*-, de forma que el enjuiciamiento de estas redes de delincuencia se tramitan en los llamados maxiprocesos o “procesos monstruo”, de gran dificultad para su instrucción y enjuiciamiento por el entramado de su organización y por el número de personas que se han de juzgar, amén de las conexiones internacionales existentes entre estos grupos criminales, siendo necesarios, por consiguiente, mecanismos más ágiles de cooperación judicial internacional. A todo ello hay que sumar la aparición de nuevas formas de delincuencia hasta ahora completamente desconocidas que utilizan las más innovadoras tecnologías que los sistemas informáticos ofrecen actualmente –es el caso de los *hackers*, *crackers* o de los *phreakers*, es decir, los llamados *ciberdelitos*-.

Si lo que se pretende es que el servicio que presta la Justicia aumente en calidad y productividad, deben tenerse en cuenta todos estos factores, y sólo se puede conseguir este objetivo mediante una renovación de todos sus recursos, remozándolos e introduciendo nuevas aplicaciones que vayan a cohesionar, coordinar y dinamizar

el servicio de la Justicia, constituyéndose para ello las TICs en una inserción obligatoria en el terreno judicial.

En definitiva, las TICs en la Administración de Justicia infieren unos beneficios muy importantes en su funcionamiento: el personal a su servicio puede ahorrar tiempo y dedicarlo a otros asuntos, es más productiva y eficiente, permite un mejor acceso a la Justicia de los justiciables, consiguiendo una mayor calidad de la misma y una reducción de costes.

Por este motivo, el presente estudio se adentra en uno de estos medios: la videoconferencia; se realizará un análisis en profundidad de la misma, dada la importancia que posee actualmente, ya que está destinada a ser utilizada en un futuro no muy lejano, de manera mucho más habitual de lo que se está haciendo ahora en los Juzgados y Tribunales españoles.

La videoconferencia, como sistema de telecomunicación accesible que permite transmitir y recibir información visual y sonora entre dos ubicaciones diferentes, se está descubriendo como una herramienta muy efectiva a la hora de practicar determinadas diligencias investigadoras y actividades probatorias. Presenta innegables ventajas de economía procesal, a saber, reducciones de costes en el traslado de presos a la sede judicial, más otra serie de preeminencias tales como la elusión de suspensiones de juicios cuando el testigo reside en un lugar diferente a la sede judicial, la salvaguardia de la integridad de testigos y peritos protegidos o la

mitigación de los efectos victimizadores de sujetos pasivos de delitos especialmente vulnerables, que han de prestar declaración en un procedimiento judicial, como es el caso de las mujeres maltratadas o de los niños que han sido objeto de abusos sexuales.

En esta tesitura, el empleo de la videoconferencia en este ámbito procesal, constituye particularmente una herramienta muy útil a la hora de asegurar la comparecencia del testigo en la Sala de Vistas, revelándose en su conjunto como un instrumento innovador que permite reducir costes, disminuir la larga duración de los procesos, favoreciendo así la inauguración en España de una justicia más acorde con los tiempos modernos y actuales, de calidad, eficiente y accesible a los ciudadanos.

Por último, no quisiéramos concluir, sin antes especificar algunas cuestiones metodológicas en la elaboración de este estudio.

En la investigación que hemos llevado a cabo sobre el empleo de la videoconferencia en el proceso penal español, si bien el eje central de esta tesis lo constituye el uso de este mecanismo en nuestro sistema procesal penal, hemos creído conveniente explicar brevemente cuál es la estructura de un sistema de videoconferencia, analizar cómo otras ramas del Derecho ya hacen uso de este sistema, y realizar un pequeño estudio de Derecho Comparado, centrándonos sobre todo en dos supuestos muy concretos, a saber, su regulación en Estados Unidos –donde tuvo origen la incorporación de medios audiovisuales en el proceso penal- y su

tratamiento normativo en Italia –país que consolidó definitivamente su empleo en un procedimiento criminal- cuya experiencia fue seguida posteriormente por muchos países.

Después de esta introducción, nos centraremos en su implantación en el proceso penal español, analizando básicamente los principios procesales y procedimentales consagrados en nuestra Constitución, así como derechos fundamentales, que pueden verse afectados por el empleo de esta técnica audiovisual, y si efectivamente se produce tal quebrantamiento o no.

Posteriormente examinaremos cuáles son las diligencias de investigación y actos de prueba en las que se puede utilizar la videoconferencia, como método de auxilio, pues se debe tener en cuenta que la misma no es un medio probatorio en sí mismo, si no un mecanismo de asistencia para la práctica de diligencias de investigación y actos de prueba.

Por último, completaremos este estudio efectuando las conclusiones finales a las que hemos llegado tras terminar esta investigación.

Una conclusión que ya se puede adelantar, es que si pretendemos una modernización de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, actualmente bastante obsoleto y carente de medios, con una Ley de Enjuiciamiento Criminal del siglo XIX, a la que se ha ido parcheando mediante reformas legislativas para actualizarla a los tiempos reales en las que se producían dichas

modificaciones, debemos, amén de sugerir la promulgación urgente de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal afín a la sociedad actual, potenciar la utilización de las llamadas TICs, incluida entre ellas la videoconferencia, para dar una mejor respuesta a la ciudadanía, cansada de las demoras y de los retrasos que se producen en los asuntos judiciales, por falta de medios personales y tecnológico-materiales.

Finalmente quisiéramos manifestar que, si bien este trabajo se basa en la legislación vigente al momento de culminación de esta tesis doctoral, lo cierto es que la finalidad de la misma no se agota en dicha normativa, pues esta investigación tiene como objetivo el análisis de la conciliación entre la modernización de la Administración de Justicia con la introducción de las nuevas tecnologías como la videoconferencia y su impacto en la esfera del procedimiento penal.

CAPÍTULO PRIMERO
INTRODUCCIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL
PROCESO PENAL

Sección Primera

Introducción: conceptualización técnica de la videoconferencia y utilización en diferentes sectores jurídicos distintos al proceso penal

I. DEFINICIÓN DE VIDEOCONFERENCIA

Desde el mismo momento en el que se introduce la televisión en nuestros hogares, allá por los años 40, ha aumentado el interés por la comunicación entre puntos remotos utilizando imágenes en tiempo real. Por este motivo, se comienza a investigar la posible creación de un sistema que permita la comunicación no sólo sonora, como hasta entonces únicamente era posible vía telefónica, sino también visual.

Fruto de esta investigación fue la presentación por la empresa AT&T en 1964 en la Feria mundial del comercio de Nueva York, de un prototipo al que denominó *Picturephone*, constituyendo este instrumento, el primer sistema de videoconferencia presentado en el mercado.

Poco a poco, esta herramienta de comunicación se fue perfeccionando, introduciendo elementos técnicos nuevos, pues en sus inicios las señales difundidas eran de carácter analógico,

contando ya en los años 70 con la posibilidad de emitir frecuencias digitales, perfeccionándose la visión de dichas señales con la aparición de un nuevo códec a principios de los 80.

De esta forma, el sistema de videoconferencia se va optimizando. Lo que en un principio era un instrumento muy dispendioso de adquirir y complejo de utilizar, va a reducir sus costes y perfeccionar su facilidad de manejo, y a partir de la década de los 90, dicho mecanismo podía ya utilizarse con los programas adecuados desde un ordenador personal¹.

Esto provoca que desde diferentes sectores se vaya incorporando este sistema, debido en gran medida a todas las ventajas y beneficios que se logran con la utilización de este medio de telecomunicación, pues por ejemplo, en una empresa la utilización de este recurso electrónico puede coadyuvar a la motivación de empleados que se hallan trabajando en lugares remotos, aumentando su visibilidad, mejorando su moral, e intensificando las relaciones profesionales².

¹ Sobre los orígenes de la videoconferencia vid. SPREY, J. A., "Videoconferencing as a Communication Tool", en *IEEE transactions on professional communication*, vol. 40, núm. 1, marzo de 1997, pp. 42-44, disponible en: <http://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?arnumber=557518&isnumber=12162> (fecha de consulta: 4 de marzo de 2009) y LUQUE ORDÓÑEZ, J., *Videoconferencia: tecnología, sistemas y aplicaciones*, ed. Creaciones Copyright, S.L., Las Rozas (Madrid), 2008, pp. 17-26.

² *Ibidem*, p. 44.

1. CONCEPTO

Dentro del mercado de las comunicaciones, el sistema de videoconferencia es uno de los más demandados, entre otros motivos –algunos acabados de señalar– por su abaratamiento y mejor disponibilidad, así como por sus incuestionables ventajas comunicativas, al poder organizarse perfectamente una reunión entre diferentes sujetos que se hallen en continentes distintos, sólo en cuestión de minutos.

Para comprender mejor todas las preeminencias que el empleo de la videoconferencia implica, vamos a tratar de explicar en este apartado en qué consiste efectivamente este medio de telecomunicación.

Al sistema que nos permite llevar a cabo el encuentro de varias personas ubicadas en sitios distantes, y establecer una conversación como lo harían si todas se encontraran reunidas en una sala de juntas, se le llama sistema de “videoconferencia”³. Es un medio de comunicación interactivo que transmite simultáneamente la imagen, el sonido y el intercambio de datos, permitiendo una comunicación bidireccional plena, en tiempo real⁴, no debiéndose

³ PAZMIÑO, F., “Videoconferencia”, disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos/videoconferencia/videoconferencia.shtml> (fecha de consulta: 4 de julio de 2007).

⁴ DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”, en *Actualidad Penal*, núm. 47-48, p. 1268, 2002.

confundir la videoconferencia con la teleconferencia, ya que a menudo se emplean como sinónimos, siendo aquella una modalidad de esta⁵.

2. ASPECTOS TÉCNICOS

Para una mejor comprensión vamos a analizar brevemente los elementos necesarios para entablar una videoconferencia. Empezaremos describiendo los tres sistemas que básicamente existen⁶:

- a. Sistemas para PC: a través de estos medios, se comunican dos personas por la red de telefonía digital

⁵ No obstante habría que distinguir entre la concepción de teleconferencia que se tiene en los Estados Unidos de América, de la que se dispone en Europa. En Estados Unidos el término teleconferencia, hace referencia a cualquier encuentro a distancia por medio de la tecnología de las comunicaciones; se adiciona la palabra video a “teleconferencia” o a “conferencia” para concretar explícitamente a qué tipo de encuentro se está haciendo mención. A su vez, se agrega el término “audio” a “conferencia” para especificar que se está celebrando esta comunicación a través de señales de audio. Por contraste, en Europa, con el término teleconferencia se alude a las conferencias o llamadas telefónicas, mientras que la “videoconferencia” es utilizada para describir la comunicación en dos sentidos de audio y vídeo. PAZMIÑO, F., “Videoconferencia”..., cit.

⁶ Seguimos en este aspecto a CHACÓN MEDINA, A., “La videoconferencia: conceptualización, elementos y uso educativo”, disponible en: <http://www.teleformacion.edu/documentos/vc.pdf> (fecha de consulta: 27 de octubre de 2007); MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 301; PAZMIÑO, F., “Videoconferencia”..., cit.; LUQUE ORDÓÑEZ, J., *Videoconferencia: tecnología, sistemas y aplicaciones...*, cit., pp. 121-136.

con un ordenador personal al que se le añaden dispositivos multimedia -como *Web-Cams* o adaptadores-, transmitiéndose señales de audio y vídeo, teniendo igualmente la posibilidad de transferir archivos.

- b. Sistemas de sobremesa: son iguales que los anteriores, pero están especialmente diseñados para grupos medianos o reducidos de personas.
- c. Sistemas de Sala: se trata de una multivideoconferencia en la que pueden participar activamente un gran número de individuos, transmitiendo señales de audio, video y archivos. En este caso, debemos contar con un dispositivo denominado códec. Las señales de audio y video que se pretenden transmitir, por regla general, se hallan en un formato analógico, por lo que para poder transferir la información a través de una red digital debe ser, valga la redundancia, digitalizada. Una vez realizada la conversión del formato analógico al digital, la señal se debe comprimir y multiplexar para entablar la comunicación. De todo este proceso de conversión se encarga el códec.
- d. Sistemas de auditorio. Están pensados para grandes auditorios, y vienen formados por equipamientos

destinados a salones de conferencias. En la mayoría de casos, se trata de montajes que han sido diseñados de forma singular para el recinto determinado en el que van a ser instalados. En realidad se trata de un sistema muy similar al de Sala, la única diferencia existente entre ambos es la preparación específica de los terminales.

El sistema de Sala es el que se viene aplicando habitualmente en la Administración de Justicia y en las Juntas Generales de Accionistas.

En cuanto a los elementos que básicamente se utilizan en un sistema de videoconferencia, podríamos señalar los siguientes⁷:

- a. La red de comunicaciones: para poder realizar cualquier tipo de comunicación es necesario contar primero con un medio de transporte que envíe la información del transmisor al receptor y viceversa o paralelamente -en dos direcciones-. En los sistemas de videoconferencia se requiere que este medio proporcione una conexión digital bidireccional y de alta velocidad entre los dos puntos a conectar.
- b. La sala de videoconferencia: es el área especialmente acondicionada en la cual se alojará el personal de

⁷ PAZMIÑO, F., *Ibidem*. LUQUE ORDÓÑEZ, J., *Ibidem*, pp. 61-120.

videoconferencia, así como también, el equipo de control, de audio y de video, que permitirá capturar y controlar las imágenes y los sonidos que habrán de transmitirse hacia el(los) punto(s) remoto(s).

- c. El códec: como hemos explicado anteriormente, es el dispositivo que se encarga de codificar las señales analógicas de audio y video en señales digitales, para poder enviarlas, o decodificarlas, cuando llegan a su destino, y de este modo visualizarlas y oírlas.

Existen en el mercado equipos modulares que junto con el códec, incluyen los equipos de video, de audio y de control, así como equipos periféricos, que entre otros, podrían ser una tabla de anotaciones, un convertidor de gráficos informáticos, una cámara para documentos, un proyector de video-diapositivas, un PC, una videograbadora, o un pizarrón electrónico.

Por último vamos a detallar, siguiendo a CHACÓN MEDINA cuáles son los elementos integrantes de un equipo de videoconferencia⁸. Un equipo básico estará conformado por:

- a. Una tarjeta de vídeo de buena calidad, una tarjeta de sonido -preferiblemente *full dúplex*-, disponer de una línea

⁸ CHACÓN MEDINA, A., “La videoconferencia: conceptualización, elementos y uso educativo”..., cit.

telefónica con módem de 56 K, o conexión a internet vía RDSI, ADSL o red LAN.

- b. Una *Web-Cam* y un micrófono –para captar la imagen y el sonido-.
- c. Software adecuado. El más popular en el mercado es el programa *NetMeeting*, pero sin embargo existen otros que son igualmente válidos como *CUseeMe*, *iVisit*, *ThruCam*, *Global Phone*, *VDO Phone* o *Microsoft Portrait 1.08*, *IspQ 5.0*.

A todo ello, se le puede añadir una serie de accesorios que permiten personalizar la comunicación por videoconferencia atendiendo a las necesidades de los interlocutores. Estos accesorios pueden consistir en cámaras de documentos –muy empleada también en la Administración de justicia-, cámaras específicas –infrarrojos o endoscópicas-, pantallas táctiles interactivas, DVDs, VCRs, entre otros.

Por último, debemos señalar la presencia en el mercado de otros equipos más complejos, que se pueden utilizar en virtud de las necesidades de comunicación y de la solvencia económica⁹.

⁹ Son los siguientes equipos: *Rollabout*, *Set top Box*, Videoteléfonos, MCU (Unidad de multiconferencia). Estos se hallan explicados con detalle en CHACÓN MEDINA, A., *Ibidem*, p. 8.

II. UTILIDAD EN VARIAS RAMAS DEL DERECHO DIFERENTES AL PROCESO PENAL

La videoconferencia, antes de hacer su entrada en la Administración de justicia, ya se había implementado en otras ramas del Derecho, beneficiándose de las ventajas que aquella reporta. A este respecto, precisamente en España, ha sido en el ámbito judicial, uno de los lugares en los que más tardíamente se ha incorporado esta tecnología, y concretamente en el campo del Derecho procesal se ha puesto en funcionamiento antes en el proceso civil que en el penal.

A continuación vamos a efectuar una breve síntesis de la utilización de este medio técnico en el ámbito societario, arbitral, y procesal civil, para comprobar cómo la videoconferencia ha irrumpido fuertemente en la aplicación diaria del Derecho.

1. EN DERECHO MERCANTIL

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha penetrado con gran fuerza en la gestión de los negocios. Así, piénsese, a título de ejemplo, en la firma electrónica, la cual permite la conclusión de contratos entre dos empresas sin la necesidad de reunirse en un lugar concreto, todo se realiza a través de internet, ahorrando tiempo y costes en desplazamientos, y

ganando igualmente en seguridad, pues la firma digital es mucho más compleja de falsificar que la convencional¹⁰.

En este orden de cosas, las comunicaciones telemáticas en el mundo societario, y entre ellas indudablemente la videoconferencia, ejercen unos efectos muy positivos que se traducen en el incremento de una mejor competitividad.

Por estos motivos, a continuación vamos a analizar el empleo de la tecnología de la imagen y el sonido en tiempo real en el terreno societario, pues es en este ámbito mercantil en el que

¹⁰ Según el art. 3.1 de la Ley 59/2003, de 19 diciembre, sobre firma electrónica, (BOE núm. 304, 20 de diciembre de 2003) esta consiste en “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. En consecuencia, la firma electrónica, también denominada firma digital, es “un resumen cifrado o codificado del texto de un documento que envía el emisor, y que, cuando reúne la totalidad de los requisitos previstos legalmente, se garantiza además por una Autoridad de Certificación”. Para poder utilizar dicha firma es imprescindible haber obtenido con anterioridad un certificado digital. Su funcionamiento se sustenta con dos claves –una privada y otra de carácter público- relacionadas de forma matemática entre ellas. Estos números o claves se originan a través de un navegador de Internet y del certificado digital emitido por la entidad certificadora. El número privado se guarda en una terminal de uso privado, como una tarjeta criptográfica, aunque lo más habitual consistirá en almacenar esa clave en el disco duro de un ordenador. El número público, por el contrario, se colocará junto con el documento firmado. Por último, recibido el documento con la firma electrónica, el receptor del mismo descifrára dicha firma con la clave pública enviada por el emisor. Ese desciframiento tiene que dar como resultado una huella que debe coincidir con la huella del mensaje, de producirse eso, será señal inequívoca de que el mensaje no ha sido modificado y de que efectivamente ha sido emitido por el titular de la firma digital. FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *La firma electrónica*, ed. Díaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2006, pp. 33-49.

mayormente se emplea este medio técnico, y muy especialmente en los Consejos de Administración y en las Juntas Generales.

A) *Consejos de administración*

En el ámbito del comercio, observamos cómo, cada vez más, éste se va internacionalizando. Las empresas cuentan con un mayor capital extranjero y ello hace que sea adecuado que sus Consejos de Administración se reúnan utilizando los medios avanzados de telecomunicación de los que disponemos hoy en día.

Las TICs pueden ser muy útiles en el desarrollo del funcionamiento del Consejo, siendo susceptible de aplicarse las nuevas tecnologías en su convocatoria, en la participación de sus sesiones, en el envío por vía telemática del orden del día, en la toma de decisiones mediante el voto electrónico, en la redacción del acta y en la publicidad registral así como en la comunicación a los socios de los acuerdos adoptados¹¹.

En lo que a nosotros nos interesa, la videoconferencia constituye una herramienta muy eficiente en el desarrollo de las sesiones de los Consejos de Administración y/o en su caso en los

¹¹ SUNDARDAS, A., “Administración empresarial y nuevas tecnologías. El Consejo virtual y la comunicación corporativa”, en *Revista Telos*, núm. 66, disponible en: <http://www.campusred.net/telos/articulocuaderno.asp?idarticulo=6&rev=66> (fecha de consulta: 23 de abril de 2008).

Consejos de Supervisión, en el supuesto de sociedades anónimas europeas que se hayan acogido a la modalidad dual de gestión¹².

Principalmente será una herramienta muy a tener en cuenta en el caso de sociedades anónimas cotizadas, que por sus dimensiones transfronterizas, facilitará de este modo la intervención de los miembros del Consejo de Administración no residentes en el Estado en el que se halla el domicilio social de las mismas.

Se pueden celebrar las sesiones del Consejo virtualmente auxiliándose para ello con recursos telemáticos como la videoconferencia. Puede realizarse todo el procedimiento de celebración del Consejo a través de las TICs, es decir, desde el anuncio de su convocatoria hasta su conclusión con la toma de decisiones y comunicación de las mismas a sus miembros, constituyendo esta forma de celebración del Consejo de

¹² Con la reforma de la LSA en 1989, se optó por conservar el modelo francés de órganos sociales, a saber Junta general y administradores, tanto para grandes como para pequeñas empresas, sistema que se ha mantenido en la actual LSC. No se incorporó para las grandes sociedades el sistema dualista o germánico, tal y como hubiese resultado deseable, en virtud del cual los órganos sociales vendrían integrados por la Junta general, el Consejo de Vigilancia y el Directorio. Este último sería el encargado de la administración efectiva, y elegido y controlado por el Consejo de Vigilancia. No obstante con la introducción por Ley 19/2005, de 14 de noviembre (BOE núm. 273, 15 de noviembre de 2005) de una nueva figura societaria: la Sociedad Anónima Europea, sí que se posibilitó efectivamente la facultad de acogimiento al sistema dual de organización en este tipo societario, siempre y cuando la mencionada sociedad se hallara domiciliada en España (vid. arts. 455 a 494 LSC). VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, vol. 1, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1.164 a 1.172.

Administración, lo que la doctrina viene denominando Consejo Virtual¹³.

La aparición de la utilización de las nuevas tecnologías en el Consejo de Administración, y por accesión la aplicación de la videoconferencia en el mismo, tiene su génesis en Estados Unidos –país pionero en cuanto a la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico-, motivado por la gran flexibilidad de su Derecho, así como por el deseo de impulsar en ese país tanto la participación del accionariado en la vida social como la expansión del acceso a la red –en estos momentos, rozando casi la gratuidad-. Por todas estas premisas, se comenzará a realizar la celebración del Consejo de Administración *on line* o telemáticamente en dicho país¹⁴.

Esta incentivación en la introducción y el empleo de las nuevas tecnologías en el derecho societario, vino dada en un doble sentido:

¹³ SUNDARDAS defiende esta nueva modalidad de Consejo de Administración, en la que obviamente se empleará la videoconferencia en la participación de los consejeros en la reunión convocada al efecto, pues según este autor el uso constante del Consejo de Administración por medios telemáticos “no sólo permite a la empresa ganar en agilidad y flexibilidad de funcionamiento, sino que facilita el proceso creativo de valor”, implicando para la empresa una reducción de costes y un aumento de la eficiencia en el funcionamiento del órgano, al incrementarse la agilidad, productividad y seguridad operativa de los Consejos, cumpliéndose de este modo la aspiración legítima y unánime recogida por las observaciones de los códigos sobre *corporate governance*. SUNDARDAS, A., “Administración empresarial y nuevas tecnologías. El Consejo virtual y la comunicación corporativa”..., cit.

¹⁴ MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 23.

por un lado, en el marco de la información que las sociedades cotizadas debían hacer pública, por otro en el de los órganos sociales¹⁵. Este último aspecto se ve reflejado en la práctica totalidad de leyes estatales, pues la gran mayoría admite la posibilidad de intervención de alguno o todos los miembros del Consejo no físicamente sino a distancia a través de algún medio de comunicación, siempre y cuando puedan escucharse los consejeros unos a otros de forma simultánea, equiparándose por dichas normas “presencia virtual” a “presencia física”¹⁶.

El Estado de Delaware, fue el precursor de esta modalidad de participación en el Consejo de Administración, por constituir el primer Estado que recogerá en sus normas la posibilidad de intervención virtual de los consejeros en el Consejo de Administración, extendiéndose, como hemos expuesto una líneas más arriba, esta regulación al resto de Estados¹⁷, acogiendo en sus

¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶ GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidense: su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 271.

¹⁷ MUÑOZ PAREDES cita entre otras normas las siguientes: art. 9.10 *Section C* de la Ley de Sociedades Mercantiles de Texas (*Texas Business Corporation Act*), art. 16-10a-708 de las Normas de Utah (*Utah Code*) o el art. 23B.07.080 del Capítulo 23 de las Normas Revisadas de Washington (*Revised Washington Code, Chapter 23B*). MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., p. 29.

normas una regulación similar o igual a la establecida en el Código del Estado de Delaware¹⁸.

Además de las normas de Delaware, posee también una gran relevancia la *(Revised) Model Business Corporation Act*, Ley modelo creada por la *American Bar Association*, para hacer frente a los problemas jurídicos que se les avecinaban a las sociedades mercantiles norteamericanas tras la II Guerra Mundial. Esta disposición legal ha cosechado asimismo un gran éxito provocando que un buen número de Estados hayan decidido acomodar sus normas a aquélla¹⁹. En lo concerniente a la videoconferencia, al igual que en Delaware, se puede hacer uso de la misma en el Consejo, por cuanto se permite en la sección § 8.20 apartado b) que sus miembros puedan intervenir en las reuniones

¹⁸ En el título 8 del Código de Delaware se encuentran las normas reguladoras sobre sociedades mercantiles, las cuáles son susceptibles de consulta en la siguiente página web: <http://delcode.delaware.gov> (fecha de consulta: 25 de junio de 2008).

¹⁹ Sirva a modo de ejemplo las Normas de Nueva York sobre sociedades mercantiles (*New York Business Corporations Law*), en cuya Sección 710 se dispone lo siguiente: “Lugar y tiempo de las reuniones del Consejo. Las reuniones del Consejo, regular o especial, pueden ser mantenidas en cualquier lugar dentro o fuera de este estado, a no ser que se disponga lo contrario en el Acta constitutiva de la sociedad o en los Estatutos. El tiempo y lugar para las reuniones del Consejo de la sociedad pueden ser fijadas de conformidad con los Estatutos, o, si no está fijado, por el Consejo”. En consecuencia, está dejando libertad de actuación a la empresa y al Consejo para que realice las sesiones del mismo como se estime más conveniente, y subsiguientemente no obstaculizando la facultad de celebrar las reuniones por videoconferencia, o la regulación del Consejo virtual. Las mencionadas normas (*New York Business Corporations Law*) pueden consultarse en: <http://law.onecle.com/new-york/business-corporatio> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

por cualquier medio de comunicación, equiparando esa presencia remota a presencia física²⁰.

Con todo, las normas del Estado de Delaware son las más significativas en cuanto a la permisión de intervención a distancia de los miembros del Consejo, al constituirse la gran mayoría de sociedades norteamericanas en dicho Estado, las cuales a su vez representan a la mitad de sociedades cotizadas estadounidenses²¹.

Con base en dichas normas, en concreto en la sección § 141(i), se ha venido incorporando por las empresas la videoconferencia en los Consejos de Administración (*Board of Directors*), ya que este precepto establece lo siguiente: “Salvo que el certificado de incorporación o los Estatutos dispongan otra cosa diferente, los miembros del Consejo de Administración (*Board of Directors*) de cualquier sociedad, o cualquier comité designado por la Junta,

²⁰ Para más información acerca de la *Model Business Corporation Act*, vid. AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMITEE ON CORPORATE LAWS, *Model Business Corporation act: official text with official comment and statutory cross-references*, ed. American Bar Association, Chicago, 1998. Por otro lado, reseñar que la Sección § 8.20 apartado b) establece que: “Salvo que los artículos de incorporación o de los Estatutos prevean otra cosa, el Consejo de Administración puede permitir que alguno o todos los consejeros participen en una sesión ordinaria o extraordinaria por, o conducir la sesión por el empleo de, cualquier medio de comunicación por el cual todos los consejeros participantes puedan oírse los unos a los otros simultáneamente durante la sesión. La participación de un consejero en una sesión por estos medios significa que estará presente físicamente en la sesión”. Disponible en: <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

²¹ MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit. p. 27.

pueden participar en una reunión de tal Consejo, o comité por medio de conferencia telefónica u otros equipos de comunicación que permitan que todas las personas que participen en la reunión puedan oírse unas a otras, la participación en una reunión de acuerdo con este apartado equivale a la presencia física en la reunión”²².

De esta forma, se identifica “otros equipos de comunicación” con la videoconferencia, y acogiéndose a esta interpretación, se regulan en los Estatutos societarios la posibilidad de participar los consejeros virtualmente a través de este recurso electrónico.

Con la aparición en Estados Unidos de un movimiento denominado *corporate governance* –gobierno de las sociedades-, cuyo objetivo era una mejora normativa en los aspectos directivos y de control de las grandes sociedades cotizadas y con la efectiva toma en consideración en Estados Unidos de dichas reivindicaciones, –motivada por la necesidad ante un mundo globalizado de incrementar la competitividad de sus empresas, de forma que se atrajera la inversión de capital extranjero a las sociedades cotizadas norteamericanas-, se comienza a regular un sistema de gobierno de dichas entidades eficiente y con las adecuadas garantías de control y supervisión de la gestión.

²² *Ibidem*, p. 27, precepto disponible en: <http://delcode.delaware.gov> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

Las mencionadas reformas tuvieron un gran seguimiento en Europa, de ahí que el Derecho societario europeo se haya visto muy influenciado por la regulación que se ha llevado a cabo en Estados Unidos.

De este modo, al igual que en Estados Unidos se ha entendido que puede ser muy eficaz para optimizar dichos aspectos la implementación de nuevas tecnologías de carácter telemático en el desenvolvimiento de los órganos sociales de las sociedades mercantiles.

En este orden de cosas, en países de nuestro entorno, como Francia e Italia, al igual que sucede en Estados Unidos, se ha introducido la posibilidad del empleo de la videoconferencia en los Consejos de Administración.

En el caso del país galo, la Ley núm. 2001-420 de 15 de mayo relativa a las Nuevas Regulaciones Económicas²³, introdujo la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación en el ámbito del derecho de sociedades mercantiles. Las disposiciones incluidas en dicha Ley, matizadas posteriormente por las contenidas en el Decreto núm. 2002-803, de 3 de mayo²⁴, tenían como finalidad permitir una mejor participación de los accionistas

²³ Ley disponible en Bases de datos Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

²⁴ Se puede consultar íntegramente el citado Decreto en Base de Datos Legifrance, disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014)

en la vida de la Sociedad, así como incrementar la frecuencia de las reuniones del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia en el seno de las sociedades²⁵.

Por todo ello, el art. 109 de la mencionada Ley de 15 de mayo de 2001, modificó los arts. 225-37 –relativo a las sesiones del Consejo de Administración- y 225-82 –sobre las reuniones del Consejo de supervisión- del Código de Comercio francés, introduciendo de esta manera la posibilidad de participar los consejeros virtualmente en los comités por videoconferencia. La disposición anterior a la modificación preveía una presencia física y única, pues todos los miembros del Consejo debían hallarse en el mismo lugar. Esto, lógicamente, limitaba el número de reuniones²⁶, y por esta razón, se produjo la reforma del art. 225-37 del Código de Comercio, tal y como hemos indicado anteriormente. De esta suerte, se permitió la participación a distancia en las reuniones, pero con una condición importante, esa participación virtual debía y debe ser necesariamente por videoconferencia u otro medio de

²⁵ VOINCHET-GOSSELIN, V., “L'utilisation des moyens de visioconférence dans la SA”, disponible en: <http://www.netpme.fr/creation-entreprise/220-utilisation-moyens-visioconference-dans-sa.html> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

²⁶ El párrafo primero del art. L225-37 antes de la reforma de la Ley núm. 2001-420 de 15 de mayo señalaba que: “El Consejo de Administración no delibera viablemente si la mitad de sus miembros no están presentes. Toda cláusula en contrario se reputará como no escrita”. Norma disponible en Base de datos Legifrance: <http://www.legifrance.gouv.fr> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

telecomunicación que permita realizar una correcta identificación del consejero y una efectiva participación en la sesión.

En Italia, al igual que su vecino gallo, el Decreto Legislativo núm. 6, de 17 de enero de 2003, sobre “Reforma organica della disciplina delle società di capital e società cooperative”, modificó el *Codice Civile*, de modo tal que se pudieran utilizar las nuevas tecnologías en las reuniones del Consejo de Administración, así como del Consejo de supervisión para aquellas sociedades acogidas a la modalidad del sistema dual de gestión.

Con la mencionada reforma el art. 2388, párrafo 1º del *Codice Civile* pasó a establecer lo siguiente: “Para la validez de las deliberaciones del consejo de administración es necesaria la presencia de la mayoría de los administradores que desempeñen el cargo, cuando el estatuto no requiera un mayor número de presentes. El estatuto puede prever que la presencia en las reuniones del consejo tenga lugar también mediante medios de telecomunicación”²⁷. Es dable destacar que, anteriormente a esta reforma, diferentes Tribunales habían homologado para su inscripción en el Registro Mercantil cláusulas estatutarias que

²⁷ Hay que indicar que este precepto continúa estando vigente. Por otro lado, el Decreto legislativo núm. 6, de 17 de enero de 2003, se encuentra disponible en: <http://www.normeinrete.it/cgi-bin/StampaFrameURN?URL=http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/03006dl.htm> (fecha de consulta: 2 de julio de 2008). Por su parte el *Codice Civile* puede consultarse en: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014)

preveían la posibilidad de reunirse el Consejo de Administración por conferencia telefónica o de vídeo, siempre y cuando dichos medios permitieran una participación efectiva en la reunión²⁸.

Podemos citar en este sentido, el pronunciamiento del Tribunal de Milán de 15 de marzo de 1996, *decreto* núm. 2985²⁹, el cual homologó el estatuto de una sociedad multinacional que contenía una cláusula en la que se permitía emplear la videoconferencia en las reuniones del Consejo de Administración³⁰.

²⁸ MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., pp. 53-55.

²⁹ En el ordenamiento jurídico italiano existen básicamente tres tipos de resoluciones judiciales: la sentencia (*sentenza*), la ordenanza (*ordinanza*) y el decreto (*decreto*). Salvando las distancias, las figuras equivalentes a estos tres tipos de actos en España serían: la sentencia, el auto y la providencia, respectivamente. La *sentenza* es la decisión del juez que pone fin al proceso jurisdiccional, o bien una instancia o una fase de aquél. Por su parte la *ordinanza*, a diferencia de la sentencia no agota el proceso, resuelve cuestiones relacionadas con el objeto principal del litigio, si bien no versa directamente sobre el mismo. Debe ser motivada, motivación que viene impuesta por la propia Constitución de la República de Italia, así en el apartado VI del art. 111 de dicha Carta Magna se dispone que: “Todas las decisiones (*provvedimenti*) jurisdiccionales deben ser motivadas”. Por último, el *decreto* a diferencia de la *sentenza* y de la *ordinanza*, no establece decisiones, ni se pronuncia sobre la adopción de determinadas medidas, sino que en él se expresa una orden, un mandato o un acto de autoridad del juez. Por esta razón, la exigencia del art. 111.VI de la Constitución de la República de Italia no opera en la adopción de este tipo de actos, y en consecuencia la regla general es la de su no fundamentación jurídica, salvo en los casos en que la motivación se halle expresamente prescrita por la ley. GALATI, A., ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, vol. I, ed. Giuffrè, Milán, 2006, pp. 258-263, CHIAVARIO, M., *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, ed. UTET giuridica, Turín, 2006, pp. 222-223 y FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, ed. CEDAM, Padova, 1992, pp. 358-362.

³⁰ Extraído de PARRELLA, F., “Rassegna di diritto societario (1993-1996): Amministratori”, en *Rivista delle Società*, núm. 4, 1999, p. 895.

Por tanto, aún antes de la reforma auspiciada en Italia sobre celebración *on line* del Consejo de Administración, en la práctica diaria se venía desarrollando ya por algunas empresas sesiones virtuales, y dichas celebraciones eran validadas por los Tribunales de Justicia.

La implantación en Europa del Consejo telemático, no tuvo impacto únicamente en Francia e Italia, sino también en Alemania y Reino Unido, si bien la regulación efectuada en ambos países al respecto es más bien escasa en el primer supuesto o inexistente en el segundo.

En el Reino Unido han existido varias oportunidades a la hora de realizar una regulación en torno a la aplicación de la videoconferencia en los Consejos de Administración. La primera de ellas con la aprobación en el año 2000 de la *Electronic Communication Act*, la cual modificaba la *Companies Act* de 1985, con la finalidad de introducir en esta última las normas generales de la Ley de comunicaciones electrónicas. Y la segunda con la reforma del derecho societario, introduciéndose una nueva ley al respecto sustituyendo a sus predecesoras en esta materia, en concreto la *Companies Act* de 2006. Sin embargo, pese a introducirse tecnologías de información y comunicación en esta última normativa, no existe ninguna disposición que haga referencia al empleo de tecnologías audiovisuales bidireccionales en las reuniones del Consejo de Administración de las sociedades.

Por su parte, en Alemania, con las reformas para la modernización de la ley de sociedades anónimas, se modificó por la NaStraG de 2001 el § 108 IV AktG, que rezaba del modo siguiente: “La adopción de acuerdos del Consejo de vigilancia o sus comisiones por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio similar sólo será posible, a excepción de lo dispuesto en los Estatutos o en su Reglamento interno, si ninguno de sus miembros se opone”, y el § 118.3 AktG, también faculta la posibilidad de participación de los miembros del Consejo de supervisión en las reuniones de la Junta General por medio de “transmisión de sonido e imagen”³¹. Vistos los preceptos germanos citados se puede llegar a la conclusión de que sin realizar una mención expresa a la videoconferencia, los miembros del Consejo de vigilancia pueden participar en las reuniones a las que deban asistir por medio de esta tecnología bidireccional de imagen y sonido³².

³¹ §118.3 AktG: “A salvo de lo dispuesto en los Estatutos o en su Reglamento interno conforme al §129 Abs.1 puede celebrarse la reunión de la Junta general a través de la transmisión de sonido e imagen”. La AktG se halla disponible en: <http://www.juraforum.de/gesetze/AktG/aktg.html> (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

³² Sobre la utilización de la videoconferencia en el Consejo de vigilancia en Alemania vid.: WAGNER, J., “Aufsichtsratssitzung in Form der Videokonferenz”, en *NZG*, núm. 2, 2002, pp. 57-68, SCHMIDT, K., “La reforma alemana: las KonTrag y TransPug de 1998 y 2002, y el Código Cromme”, en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 22, 2004, pp. 19-34, MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., pp. 42-43.

Analizada la legislación de otros países comunitarios, en relación con nuestra regulación sobre la posible utilización de la videoconferencia en los Consejos de administración, en principio no existe ningún impedimento para la participación a distancia en el Consejo en la LSC³³, siempre y cuando se considere que la concurrencia requerida por el art. 247 LSC no haya de ser necesariamente física.

Esta es precisamente la interpretación que se ha de realizar del citado art. 247 –equiparar presencia virtual a presencia física-, ya que de este modo se pondría fin a las contingencias que en ocasiones se presentan para poder realizar las sesiones del Consejo

³³ VAÑÓ VAÑÓ, M.J., *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 126. Por su parte, MARTÍNEZ SANZ entiende que debido a los problemas que pueden suscitarse con la participación virtual en las reuniones del Consejo de sus miembros, estima la conveniencia de regular esta posibilidad en los Estatutos o en el Reglamento interno del Consejo de administración, pero considera que si la sesión sin presencia física no se hubiera recogido estatutaria o reglamentariamente, entonces el art. 139 debería ser interpretado como concurrencia física y no virtual. No compartimos el criterio del citado autor, por cuanto en ningún momento el mencionado precepto hace referencia expresamente a presencia física ni de su dicción se puede llegar a extraer inexorablemente la conclusión que ha de ser de esta forma. Sí consideramos conveniente que las celebraciones virtuales sean reguladas por las sociedades en sus Estatutos o Reglamentos para evitar posibles inconvenientes, pero ello no es óbice para la celebración virtual del Consejo en caso de extrema necesidad, pues permitiendo este tipo de reunión se solventarían precisamente otro tipo de inconvenientes como pudiera ser en el caso de una reunión extraordinaria y urgente la total congregación de todos los consejeros. MARTÍNEZ SANZ, F., “Del Consejo de Administración”, en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (coords. ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M.), vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 1479.

de Administración físicamente, sin que por ello se atente contra el carácter colegiado de esta institución³⁴.

En apoyo de esta aseveración podemos citar el art. 248.2 LSC, el cual permite incluso la adopción de acuerdos sin sesión, por consiguiente si se pueden aprobar decisiones sin la reunión de sus consejeros, con mayor razón se podrán adoptar cuando sí que exista sesión pero esta haya sido llevada a cabo con la participación a distancia de los miembros del Consejo por medios de telecomunicación.

Al analizar las sociedades por separado, en lo referente a las sociedades anónimas, el Consejo puede celebrar sesión sin reunirse sus miembros físicamente, interviniendo en el mismo a través de videoconferencia o mediante conferencia telefónica múltiple –este segundo supuesto será menos empleado, al no disponerse de una imagen en la que los consejeros puedan verse cara a cara-, asimilándose asistencia física a virtual.

Los estatutos pueden prever este extremo expresamente, aunque constituye una práctica habitual en la gran mayoría de sociedades anónimas celebrar Consejos virtuales³⁵, en nuestra

³⁴ VAÑÓ VAÑÓ, M.J., *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario...*, cit., p. 126.

³⁵ Sirva a modo de ejemplo el supuesto del Banco Popular cuyo Reglamento permite al Consejo de Administración adoptar acuerdos por videoconferencia [vid. art. 12.4: “La votación sin sesión, ya sea por escrito, por videoconferencia o por cualquier otro procedimiento electrónico de comunicación a distancia”, disponible en: <http://www.bancoandalucia.es/NR/rdonlyres/07BFECE9-976A->

opinión compartida con FERNÁNDEZ DEL POZO y VICENT CHULIÁ, la participación del Consejo de Administración a distancia tiene validez aún cuando no se disponga nada estatutariamente, siempre que la urgencia del caso así lo exija³⁶.

Estas especulaciones que ilustramos son debidas a la deficiente regulación que existe en la LSC, al prever solamente la asistencia telemática a la Junta general de los socios en su art. 182, y nada dice respecto del Consejo de Administración. Con todo, estas normas sobre Junta General son cabalmente aplicables al Consejo de Administración por analogía (art. 4.1 CC)³⁷.

En el supuesto de sociedades de responsabilidad limitada, el Consejo también puede celebrar sesión por videoconferencia al igual que las sociedades anónimas, así como por “audioconferencia y por vía electrónica, de intranet o Internet, cualquiera que sea el

4BE8-AEE6-6DBBC0D8B3C0/0/BPE_2007_Reglamento_Consejo_Adm.pdf (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014)].

³⁶ La mayoría de sociedades no contempla en sus Estatutos o Reglamentos internos la utilización de la videoconferencia en los Consejos de Administración, por dos razones: la primera, porque la legislación societaria española no se opone a esta práctica, la segunda porque por regla general la sociedad acudirá a la participación a distancia de sus consejeros cuando por razones de urgencia o por circunstancias especiales así lo aconsejen y no por un mero antojo. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F. “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación”..., cit., p. 967. MUÑOZ PAREDES, J. M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., p. 242.

³⁷ VICENT CHULIA, F. *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., pp. 693 y 694.

lugar donde se hallen cada uno de sus miembros”³⁸, dado que el art. 210.3 LSC permite la posibilidad de organizar el Consejo de Administración en la forma que se convenga estatariamente.

Por ello, entendemos con MUÑOZ PAREDES que si los estatutos de este tipo societario “no imponen que la presencia haya de ser física, cabe perfectamente la participación a distancia, aunque no esté expresamente prevista, pues ha de considerarse igualmente presente”³⁹.

B) Juntas Generales

Tal y como hemos podido comprobar al analizar el Consejo de Administración, la introducción de las nuevas tecnologías en el campo societario, se halla todavía en fase de recepción, existiendo países más avanzados que otros en cuanto a esta incorporación tecnológica, sin que conste hasta el momento ninguna norma comunitaria armonizadora de esta cuestión⁴⁰.

Ante esta situación, no es de extrañar la gran influencia normativizante de los Estados Unidos de América sobre las legislaciones europeas en lo concerniente al empleo de la

³⁸ *Ibidem*, p. 615.

³⁹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., pp. 242-243.

⁴⁰ LARGO GIL, R., “La adopción de acuerdos sociales a través de Internet”, en AA.VV., *Internet y Derecho*, ed. Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2001, p. 277.

videoconferencia en los Consejos de Administración y en las Juntas Generales. Precisamente en relación con el empleo de este recurso electrónico en la celebración de las sesiones de la Junta General, con bastante frecuencia se celebran por razones de aforo las mismas en locales diferentes –en la gran mayoría de casos se hallan prácticamente contiguos- unidos por videoconferencia, permitiendo a los asistentes seguir su desarrollo en tiempo real e intervenir como si se encontraran en una misma sala⁴¹.

Como acabamos de exponer, la regulación legal de esta modalidad de celebración de la Junta General, varía de un país a otro. Así, en Estados Unidos, al igual que en el Consejo de Administración, este tema está muy bien resuelto, pues como hemos señalado *ut supra*, fueron pioneros en la introducción de las nuevas tecnologías en el desarrollo de las actividades y en el funcionamiento de los órganos sociales de las sociedades comerciales.

En relación con la Junta General, la *General Corporation Law* de Delaware –como no podía ser menos-, reformada recientemente en los años 2000 y 2001, con el objetivo de modernizar dicha norma en cuanto al empleo de medios de telecomunicación en la participación en la Junta, permite a las sociedades que se rijan por las normas Delaware celebrar la Junta general *on line*, siempre y

⁴¹ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., p. 182.

cuando se hayan constituido las mentadas sociedades en dicho Estado o en otro diferente pero con la asunción de las normas Delaware en su legislación. En suma, los accionistas podrán hallarse en diferentes localizaciones y seguir en tiempo real el desarrollo de sus sesiones⁴².

En lo referente a Europa, tal y como sucede en el Consejo de Administración, en Francia e Italia, el uso de la videoconferencia

⁴² *Ibidem*, p. 31. Sección §221, 1 y 2 a) y b) del Código Delaware: “Las reuniones de los accionistas. (1) Las reuniones de los accionistas pueden mantenerse en el mismo lugar, o dentro o fuera de ese Estado así como pueden ser indicadas en la forma prevista en el acta de constitución o en los Estatutos, o si no ha sido señalado, como así lo determine el Consejo de Administración. Si, de conformidad con este párrafo, con el acta de constitución o con los Estatutos de la sociedad, el Consejo de Administración está autorizado a determinar el lugar de reunión de los accionistas, el consejo de directores puede, en su exclusiva discreción, determinar que la reunión no se mantenga en ningún lugar, pero puede en su lugar mantenerla exclusivamente por medios de comunicación a distancia tal y como autoriza el párrafo (a) (2) de esta sección.(2) Si se autorizó por medio del Consejo de Directos en su exclusivo criterio, y sujeto a tales directrices y procedimientos que la junta directiva puede adoptar, los accionistas y mandatarios que no se hallen físicamente presentes en una reunión pueden, por medios de telecomunicación: a. Participar en una reunión de accionistas; y b. Ser considerados como presentes y votar en una reunión de accionistas, tanto si tal reunión debe ser mantenida en un lugar determinado como si tiene lugar únicamente por medios de telecomunicación, con las siguientes estipulaciones (i) la sociedad ha de establecer medidas adecuadas para verificar que cada una de las personas consideradas presentes y autorizadas para votar a través de medios de telecomunicación es un accionista o un representante de accionista (ii) la sociedad pondrá en práctica medidas adecuadas para otorgar a dichos accionistas y representantes la posibilidad de participación en la reunión y votar los puntos sometidos a la asamblea, incluyendo la posibilidad de leer o escuchar los debates de la asamblea de forma sustancialmente simultánea con dichos debates, y (iii) si un accionista o mandatario vota o tiene cualquier otra intervención a través de medios de telecomunicación, la sociedad deberá conservar un registro de dicho voto o intervención”. Disponible en: <http://delcode.delaware.gov> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

en la participación de la Junta está mucho mejor regulado que en Alemania y Reino Unido.

En Francia, la ley de 5 de mayo de 2001, citada anteriormente, también modificó el Código de Comercio en este aspecto, en concreto el párrafo segundo del art. L225-107. De esta suerte, se atribuye la facultad a las sociedades anónimas de recoger en sus Estatutos la participación de los accionistas en la asamblea por videoconferencia o por medios de telecomunicación que permitan su identificación y cuya naturaleza y condiciones de aplicación sean determinadas por decreto del Consejo de Estado para los supuestos de cálculo del quórum y de la mayoría de los accionistas en las Juntas Generales.

En el caso del país transalpino, el Decreto Legislativo núm. 6 de 17 de enero de 2003, introdujo también la posibilidad de utilizar las nuevas tecnologías en el ámbito del procedimiento asambleario de la sociedad por acciones, legitimando su utilización en fase de convocatoria, de discusión y de voto (arts. 2366.3 y 2370.4 del *Codice Civile*)⁴³. Resulta dable señalar que se permite a la sociedad que no haya recurrido al mercado de capital de riesgo, la incorporación en sus Estatutos de la celebración de la asamblea a través de nuevas tecnologías, exigiendo que su convocatoria se

⁴³ TURELLI, S., “Assemble di società per azioni e nuove tecnologie”, en *Rivista delle Società*, núm. 1, 2004, p. 116.

publique bien en la *Gazzeta Ufficiale* o bien en un diario⁴⁴, para garantizar la prueba del recibimiento del aviso con al menos ochos días de antelación a la celebración de la asamblea (art. 2366.3 *Codice Civile*)⁴⁵. Por otro lado el apartado 4º del art. 2370 del *Codice Civile* reconoce la posibilidad de regular en los Estatutos la intervención en la asamblea mediante medios de telecomunicación o emitir el voto por correspondencia⁴⁶.

En el caso de Alemania, como hemos apuntado en el apartado anterior, con la introducción de la NaStraG se incorporan el empleo de las nuevas tecnologías en la Ley de sociedades por acciones (AktG). Observamos en dicha normativa societaria alemana, como la participación a distancia por internet en el Consejo de vigilancia no ofrece ningún obstáculo legislativo en el país germano. Sin embargo la asistencia virtual a la asamblea de la Junta general es una cuestión bastante controvertida. La ley no dice nada al respecto y la doctrina en este punto se halla muy dividida. Así, algunos autores consideran que es viable la participación por videoconferencia en la Junta General, siendo esta la opinión

⁴⁴ El diario equivalente en Italia a nuestro B.O.E.

⁴⁵ Precepto disponible <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> (fecha consulta: 25 de mayo de 2014).

⁴⁶ Artículo susceptible de consulta en: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> (fecha consulta 25 de mayo de 2014).

predominante, si bien existe un sector doctrinal contrario a esta modalidad de participación⁴⁷.

En lo relativo a la participación a distancia en la asamblea por medio de videoconferencia o sistema similar, nada se normó en el Reino Unido sobre ella en la *Electronic Communications Act*, y lo mismo sucede actualmente en la vigente *Companies Act* de 2006, la cual pese a incorporar tecnologías de comunicación e información, no ha introducido la posibilidad de emplear videoconferencia ni en el Consejo de Administración ni en la Junta General. Este hecho cuanto menos resulta paradójico, por varias razones que a continuación pasamos a detallar.

En primer lugar, porque esta reforma del derecho societario inglés partió con el objetivo de adecuar los instrumentos jurídicos a las exigencias del mundo empresarial, pretendiendo efectivamente, modernizar tanto sus principios como sus reglas⁴⁸.

Por todo ello, dicho proceso legislativo de reforma resultó excesivamente largo y sumamente complejo, sobre todo por las graduales consultas, libros blancos, informes y propuestas que se llevaron a cabo.

⁴⁷ MUÑOZ PAREDES, J.M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración...*, cit., pp. 46-47.

⁴⁸ FELIU REY, J., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “La proyectada reforma del derecho de sociedades en el Reino Unido: *Companies Bill*”, en *Derecho de los negocios*, vol. 17, núm. 194, 2006, pp. 25.

No se entiende cómo se puso tanto esmero y empeño en recopilar toda la información necesaria para adecuar la legislación societaria a las actuaciones reales de las empresas y no se introdujera con esta finalidad la posibilidad de celebrar Juntas y Consejos virtuales, habida cuenta que esta actividad es una práctica real y no ficticia con una clara tendencia ascendente por la internacionalización de las empresas, fruto de un mundo globalizado.

En segundo lugar, es muy significativo resaltar las conclusiones a las que llegaron –y que posteriormente serían recopiladas en dos libros blancos titulados “Modernising Company Law”, de julio 2002 y “Company Law Reform”, de marzo de 2005⁴⁹- un comité de expertos, designados por el Departamento de Industria y Comercio (DTI), encargados de analizar minuciosamente el Sistema Jurídico de Sociedades y, en concreto, la necesidad de regular una disposición en la que se clarificara cómo se constituye una asamblea y la posibilidad de que se habilitara a las empresas a usar formas diferentes de seguimiento de

⁴⁹ El libro blanco “Modernising Company Law”, es susceptible de consultarse en:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2009), mientras que el libro blanco “Company Law Reform”, se halla disponible en:
<http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2009).

la misma como es el caso de la comunicación en tiempo real y bidireccional entre todos los participantes de la Junta General⁵⁰.

Pese a tal recomendación, no se incluyó la regulación sugerida, tal vez motivado en parte por la puntualización que tal grupo de expertos efectuó en el citado libro blanco indicando que la regulación vigente en aquél momento no obstaculizaba a que las sociedades interesadas en la puesta en práctica de la participación a distancia en las asambleas. En definitiva las Juntas Generales se seguirían celebrando, y la jurisprudencia continuaría pronunciándose y creando doctrina en este punto⁵¹.

A este factor que contribuyó a la no incorporación del uso de la videoconferencia en la Junta General y en el Consejo de Administración se le ha de añadir otro, a saber, el hecho de que la jurisprudencia inglesa avalara de la viabilidad del empleo de medios audiovisuales en sus sesiones⁵²..

⁵⁰ “Company Law Reform”, p. 32, disponible en: <http://www.berr.gov.uk/files/file13958.pdf> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2009).

⁵¹ *Ibidem*, p. 32.

⁵² Tal es el caso de la sentencia de la Sala de lo civil de la Corte de Apelaciones de Inglaterra en el asunto *Byng v London Life Association Ltd.*, de 21 de diciembre de 1988, en la que se admitió cómo válida la utilización de la videoconferencia en la Junta General. Sentencia disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2009). La DTI con base en estas razones legislativas y jurisprudenciales concluyó que las asambleas generales celebradas de forma virtual se seguirían llevando a término sin ningún tipo de problema. VISWANATHAN, A., “The Companies Act 2006: towards shareholder

En el análisis de la legislación societaria de nuestro país, sí tenemos una regulación expresa en cuanto a la Junta virtual, si bien circunscrita a las sociedades anónimas, en el art. 182 LSC.

Como indica RODRÍGUEZ ARTIGAS, esta modalidad a distancia de Junta General no es susceptible de aplicarse a las sociedades de responsabilidad limitada ni tan siquiera por analogía⁵³, pero en nuestra opinión, el hecho de que no exista una regulación expresa al respecto, no es óbice para que los Estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada prevean tal posibilidad.

Por tanto, para determinar si con la legislación vigente es viable el empleo de la videoconferencia en la asistencia y participación de las reuniones de las Juntas Generales, se hace necesario diferenciar la utilización de la misma entre la Junta que se transmite en salas suplementarias, la que se efectúa en el lugar del domicilio social y la Junta celebrada en múltiples localizaciones, algunas de ellas en ubicaciones distintas del domicilio social⁵⁴.

engagement and streamlining the decision making-process”, en *International Company and Commercial Law Review*, vol. 18, núm. 6, 2007, p. 199.

⁵³ RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Ejercicio a distancia de los Derechos de Socio y de Minoría en el marco de la crisis de la Junta General”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España* (dir. ESTEBAN VELASCO, G., coord. FUENTES NAHARRO, M., NAVARRO LÉRIDA, M.S.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navara), 2.011, p. 236.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación...”, cit., p. 961.

En relación con el primer supuesto, se cumple con lo dispuesto en el art. 195 LSC: el lugar de celebración es único y es el requerido legalmente –“la localidad donde la sociedad tenga su domicilio social”-, en consecuencia es factible en este caso la participación a través de videoconferencia en la asamblea de la Junta General.

En cuanto a la reunión de la Junta en localizaciones diferentes al del domicilio social, unidas todas ellas por videoconferencia, gran parte de la doctrina entiende que no debe ser considerada ilícita⁵⁵, “siempre que no exista una discriminación no justificada de los que se sientan en cada sala, que exista la posibilidad de ordenada deliberación y que queden garantizadas la identidad y condición de los votantes en las salas suplementarias”⁵⁶.

Del mismo modo que no debe ser declarada ilegal una Junta General celebrada por videoconferencia, tampoco debe ser ilícita una cláusula que así lo prevea en los estatutos societarios. Son muchas las sociedades de responsabilidad limitada cuyas normas estatutarias acogen la posibilidad de utilizar la videoconferencia en las Juntas Generales.

⁵⁵ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación...”, cit., p. 961, ALONSO LEDESMA, C., “El papel de la Junta General en el gobierno corporativo de las sociedades de capital”, en *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. ESTEBAN VELASCO, G.), ed. Marcial Pons, 1999, p. 653.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., “Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación...”, cit., p. 961.

Si reflexionamos y consideramos la importancia que posee la Junta General, por cuanto es uno de los órganos sociales a través del cual los derechos políticos de los socios se reflejan con mayor plenitud –principalmente el derecho de voto y el derecho a impugnar acuerdos sociales, entre otros-, llegamos a la conclusión inequívoca en este apartado, de la necesidad de regular la participación a distancia y simultánea en la Junta general, ya que como nos indica VAÑÓ VAÑÓ, esta modalidad de participación “es una de las opciones que verdaderamente podría contribuir a fomentar el activismo accionarial y no desvirtuaría en absoluto la esencia de la reunión de socios, la discusión, obtención de información y el ejercicio del derecho de voto”⁵⁷.

Lo cierto es que se echa en falta una normativa comunitaria que regule la participación a distancia por medio de videoconferencia pues, la única referencia normativa al respecto la constituye la Directiva 2007/36/CEE de 11 de julio de 2007 sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁵⁸, en cuyo considerando 9 impone a los estados miembros que permitan que sus sociedades regulen “cualquier forma de participación por medios electrónicos”.

Dicha Directiva ha sido traspuesta en España por medio de la

⁵⁷ VAÑÓ VAÑÓ, M.J., *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario...*, cit., p. 38.

⁵⁸ DOUE L 184, de 17 de julio de 2008.

Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital⁵⁹, pero, la participación por medios electrónicos que ha regulado ha sido únicamente la de la emisión del voto del accionista, no la posibilidad de intervenir virtualmente a los socios de una empresa en la Junta General convocada por la sociedad⁶⁰.

A pesar de ese déficit de regulación en lo que a la participación a virtual de los socios en las Juntas se refiere, la experiencia nos dice que una iniciativa comunitaria a este respecto supondría un empujón a la modernización de las sociedades de capital europeas y, en consecuencia, un estímulo a la competitividad de nuestras empresas, que tanta falta hace en los tiempos de crisis que nos está tocando vivir, precisamente como mecanismo para salir de ella.

Lo que no se puede permitir es que la sociedad sea la que marque el paso al legislador y no a la inversa. El Estado no puede verse superado por las nuevas realidades sociales y tecnológicas, no puede ir a remolque de la modernidad, sino adelantarse a ella, legislar contando con sus beneficios. Si queremos un sistema eficiente y competitivo que implique a su vez mejoras en la calidad de vida de los ciudadanos no existe otro camino que la implicación

⁵⁹ BOE núm. 184 de 02 de Agosto de 2011.

⁶⁰ Ello, a pesar de que en el apartado IV de su Exposición de Motivos, refiriéndose únicamente a las sociedades anónimas, da por sentado que puede haber una participación de los accionistas en las Juntas de las sociedades de forma física o por medios telemáticos.

del Estado a través del poder legislativo en cambios normativos conducentes a que nuestras empresas sean más competitivas.

2. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS: EL ARBITRAJE

En el mundo de los negocios, como hemos advertido ya en este estudio, han penetrado con gran notoriedad las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. De esta forma observamos el surgimiento del llamado comercio electrónico⁶¹, el cual parece haber incidido muy positivamente en el incremento del comercio de carácter internacional.

Podemos observar cómo, gracias por un lado, a los tratados de libre comercio y por otro al bajo coste de las TICs, las nuevas empresas, y muy especialmente las pequeñas y medianas empresas (PYMES) se están adentrando en el comercio internacional, un sector que históricamente había quedado al margen de la actividad empresarial de las PYMES⁶².

⁶¹ Cuando se habla de comercio electrónico se hace referencia aquel que se lleva a cabo a través de los medios que ofrecen actualmente las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, de este modo, el comercio electrónico es “una actividad económica que se desarrolla por medios electrónicos y al que se le aplican todas las normas del comercio tradicional y, además, las normas específicas del medio por el que se desarrolla”. ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, ed. La Ley, Madrid, 2006, p. 41.

⁶² BORGOÑO TORREALBA, J.L., “Arbitraje comercial internacional online”, en *Anuario de derecho internacional*, núm. 23, 2007, pp. 247.

Si tenemos presente que las transacciones comerciales efectuadas por dichas empresas constituyen la mayor parte de las actividades comerciales desarrolladas en el mundo⁶³, estamos en condiciones de afirmar que nos hallamos ante un fenómeno muy indicativo de que la manera de entender el concepto de comercio internacional que poseemos actualmente, puede cambiar muy significativamente⁶⁴.

En esta tesitura de introducción de las nuevas tecnologías en las sociedades mercantiles para expandir su ámbito de actuación, no sólo al ámbito geográfico nacional sino también internacional, se ha suscitado un incremento de disputas entre las empresas.

Precisamente con el aumento de ese comercio de carácter internacional y debido a la desconfianza de las sociedades comerciales tanto del derecho positivo de los Estados, el cual regula sus actividades mercantiles, como del poder judicial, se viene aplicando a modo de norma reguladora de sus actuaciones la llamada Nueva *Lex Mercatoria*, acudiendo para la resolución de sus conflictos, no a la vía judicial, sino la vía extrajudicial de

⁶³ Un dato que apunta esta dirección, es el señalado en el informe del Observatorio de las PYMEs europeas del año 2000, en el que se señala que el 93% de las empresas europeas tienen menos de 10 trabajadores, es decir, la gran mayoría de empresas europeas son PYMEs. El mencionado informe se halla disponible en: http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/execsum_2002_es.pdf (fecha de consulta 14 de julio de 2008).

⁶⁴ BORGÑO TORREALBA, J.L., "Arbitraje comercial internacional online"... , cit., p. 247.

solución de conflictos y dentro de esta vía, sobre todo a la figura del arbitraje⁶⁵.

En este contexto de desconfianza hacia el poder judicial, es dable reseñar la aparición de las ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), a saber “mecanismos para resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o por medio de mecanismos no judiciales”⁶⁶.

⁶⁵ “El mundo actual pone de manifiesto la presencia de ciertas realidades con trascendencia normativa que no encuentran su origen directo o indirecto en la voluntad de los Estados, sino en la voluntad de los particulares o en el trabajo desarrollado por entidades privadas. Esta realidad, articulada sobre la noción genérica de Nuevo Derecho de los Comerciantes o nueva *Lex Mercatoria*, cumple su papel, esencialmente, en el ámbito del Derecho comercial internacional, aunque encuentra ciertas manifestaciones en el ámbito del DIPr.” ESPLUGUES MOTA, C. (con IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.), *Derecho Internacional Privado*, ed. Tirant lo Blanch, 2014, Valencia, p. 92. Podemos definir la Nueva *Lex Mercatoria* como “aquel cuerpo de reglas e instituciones concernientes al comercio internacional comúnmente aplicadas por los *mercatores* en la consciencia que se trata de *regaluae iuris* (reglas del derecho) o, al menos, que los otros contrayentes se comportan observando las mencionadas reglas”, FRIGNANI, A., *Il diritto del commercio internazionale: manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti*, ed. Ipsoa Informatica, Milano, 1986, p. 25. En consecuencia este derecho anacional, es decir situado al margen del Derecho estatal, se basa en el contrato internacional como ley aplicable y en el arbitraje comercial internacional como medio para la resolución de conflictos que pudieran surgir por el incumplimiento de ese contrato internacional. Tal importancia posee dicha regulación transnacional que precisamente el art. 9.6 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, otorga validez a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, y a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, en una clara alusión a este conjunto de normas que conforman la Nueva *Lex Mercatoria*.

⁶⁶ CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282. VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje electrónicos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 279 a 310.

Este sistema alternativo al poder judicial de resolución de controversias surgió aproximadamente hace 40 años, como consecuencia del “movimiento anglosajón de libre acceso a la justicia”⁶⁷. Dicha corriente aspira a conseguir que todos tengan la facultad de acceder a un medio de solución de controversias, cualquiera que sea, en el que se resuelva efectivamente la disputa planteada⁶⁸.

Desde el mismo momento de su aparición, las ADR han tenido una grandísima acogida⁶⁹, de forma que son muchas las cortes de arbitraje que ofrecen entre sus servicios las ADR, como pueden ser la Cámara de Comercio Internacional o la Comisión interamericana de Arbitraje⁷⁰.

Con la llegada de las nuevas tecnologías ha surgido una nueva modalidad de ADR vía internet, es decir, mecanismos de

⁶⁷ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁹ BARONA VILAR señala muy acertadamente cuales han sido las causas por las que se ha desarrollado de esta forma tan extraordinaria las ADR desde su aparición: “a) El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales. b) El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre los particulares. c) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia”. BARONA VILAR, S., *Ibidem*, p. 50.

⁷⁰ Sobre los servicios prestados en ambas instituciones en materia de ADR, se pueden consultar para el caso de la Cámara de Comercio Internacional en: <http://www.iccwbo.org/court/adr/> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2009) y para el supuesto de la Asociación de Arbitraje Americana en: <http://www.adr.org/> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2009).

resolución de conflictos *on line*, a través de medios tecnológicos. Sería lo que se ha venido a denominar las ODR: *online dispute resolution*⁷¹.

Siguiendo a BARONA VILAR, podemos definir el arbitraje como “una forma heterocompositiva de resolución de conflictos jurídicos”, en virtud del cual “las partes, haciendo ejercicio de su libertad, deciden someter su contienda a los árbitros (terceras personas imparciales), quienes están sometidos a la norma arbitral”⁷². Estamos ante una institución “cuyo origen es remoto”⁷³,

⁷¹ MONTESINOS GARCÍA, A., “Arbitraje *on line* en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIX, 2004, p. 244.

⁷² BARONA VILAR, S., “Introducción”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord. BARONA VILAR, S.), ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2011, p. 75.

⁷³ El procedimiento arbitral es incluso mucho más antiguo que el proceso judicial, y precisamente un sector doctrinal entiende que del mismo deriva el sistema procesal del Derecho Romano. La utilización del arbitraje como sistema de solución de conflictos era empleado ya en las civilizaciones griegas y romanas, y en lo que acontece a España, en las Partidas de Alfonso X el Sabio ya se hace mención al mismo, apareciendo en ley III, 4, 25 el término “Juizio de avenidores”. No obstante es dable señalar como nos indica ESPLUGES MOTA que pese a “esta presencia de la institución desde antiguo en nuestro país, sin embargo no ha venido acompañada de un recurso habitual al mismo”; en los últimos tiempos, sobre todo a raíz de la aprobación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre arbitraje, se intenta incentivar la utilización del mismo en España, mediante una legislación muy flexible en cuanto a las materias susceptibles de arbitraje, flexibilidad que también alcanza al contenido del convenio arbitral y la determinación de la ley aplicable a la controversia. Con estas nuevas premisas se puede predecir que en un futuro habrá un cambio de dirección en este sentido y aumentará el empleo de este medio de solución extrajudicial de conflictos. ESPLUGES MOTA, C. (con IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y PALAO MORENO, G.), *Derecho Internacional Privado...*, cit., p. 250. Sobre los orígenes del arbitraje vid. MERCHÁN ALVAREZ, A., *El*

mas cuya contemporaneidad se ubica en el marco de las denominadas ADR”⁷⁴.

Y en el concreto marco de las ODR, el arbitraje telemático es uno de los procedimientos más eficaces para la resolución de conflictos en el comercio electrónico⁷⁵. En el ámbito del proceso arbitral en general, y en el arbitraje electrónico en particular, el uso de la videoconferencia constituye uno de los campos más prolíficos de actuación, en gran medida debido al principio de autonomía de la voluntad de las partes que suele caracterizarlo.

Esta tecnología permite que determinados actos procesales del arbitraje que sólo se podían efectuar por medio de la comparecencia personal ante el tribunal arbitral, se puedan celebrar por este medio de transmisión bidireccional de la imagen y el sonido. Así, las intervenciones de los litigantes, la práctica de medios de prueba consistentes en la declaración de la parte, de un testigo o de un perito y por qué no, también la práctica del

arbitraje: estudio histórico jurídico, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981 y CERVANTES BRAVO, I.G., “El arbitraje como origen del proceso y su evolución histórica hasta la etapa de codificación del derecho procesal español”, en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, núm. 2, 2006, pp. 295-317.

⁷⁴ BARONA VILAR, S., “Introducción”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*..., cit. p. 73.

⁷⁵ Como indica MERINO MERCHAN al referirse al arbitraje telemático: “es evidente que en ningún otro campo de la contratación resulta la institución arbitral tan idónea como en las relaciones patrimoniales que discurren a través del comercio electrónico”. MERINO MERCHÁN, J., “El pacto de arbitraje telemático”, en *Régimen jurídico de Internet*, AA.VV. (coord. CREMADES GARCÍA, J.), ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 532.

reconocimiento judicial, se pueden efectuar a través de este medio de telecomunicación, cuando alguna de las personas mencionadas anteriormente se encuentren en lugares muy alejados de la sede del tribunal arbitral o cuando atendiendo a sus circunstancias personales, su presencia en el tribunal no resulte aconsejable⁷⁶.

Se puede apreciar como en numerosos Reglamentos de instituciones arbitrales se acoge la posibilidad de celebrar por videoconferencia las declaraciones e interrogatorios de las partes, testigos y peritos así como los alegatos. Lo podemos ver en el art. 20 del Reglamento de la CCI⁷⁷ o en el Reglamento IBA (*Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*)⁷⁸.

En lo que concierne a nuestra vigente Ley de Arbitraje nada obstaculiza ni la práctica de audiencias por videoconferencia ni el arbitraje *on line*.

En relación con la celebración del arbitraje electrónico, y por tanto la utilización de la videoconferencia para que este proceso se desarrolle efectivamente a distancia, al imperar el principio de autonomía de la voluntad en la determinación del lugar de arbitraje

⁷⁶ MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías...*, cit., pp. 304-305.

⁷⁷ Véase en este sentido el art. 24.4 del Reglamento de la CCI disponible en: <http://www.iccwbo.org> (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

⁷⁸ SCHÄFER, E., "Videoconferencing in Arbitration", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 11, núm. 1, verano de 2003, p. 40. Véase en este sentido el art. 8 del Reglamento IBA susceptible de consultarse en: <http://www.ibanet.org> (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

(art. 26.1 LA)⁷⁹, y tratarse de una ley monista, es decir, se aplica tanto al arbitraje interno como al internacional, no constituye ningún impedimento para la real y efectiva implantación de la videoconferencia⁸⁰. Prueba de ello es que su utilización en el arbitraje español es algo habitual, sobre todo en procedimientos de consumo⁸¹.

En lo concerniente a las audiencias por videoconferencia, el art. 30 de la Ley 60/2003 tampoco impide la celebración de las mismas por este medio telemático al otorgar a las partes la facultad de acordar aquellas en la forma que estimen conveniente.

Las diligencias procesales que se pueden realizar por medio de las nuevas tecnologías, no se limitan sólo a las que hemos mencionado, ya que teniendo en cuenta la libertad de

⁷⁹ La vigente norma de arbitraje española se inspiró en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985, cuyo texto normativo establecía el principio de autonomía de la voluntad como criterio imperante.

⁸⁰ LORCA NAVARRETE, manifestaba refiriéndose a la anterior ley de arbitraje de 1988, que en la reforma de esta norma se debería acoger “una formulación del principio de autonomía negocial en el arbitraje que permitiera el uso de la videoconferencia acorde con la puesta en práctica del tal mentado principio en modo tal que las normas cogentes que la citada reforma establezca sobre el lugar del arbitraje, no constituyan un impedimento para la real implantación de la videoconferencia tanto en el arbitraje interno como internacional”. LORCA NAVARRETE, A. M., “El uso de la videoconferencia en el arbitraje”, en *Diario La Ley*, núm. 5839, 1 de septiembre de 2003, p. 2.

⁸¹ Precisamente el primer arbitraje en el que se utilizó la tecnología de la videoconferencia fue en Cartagena en un asunto de consumo, información disponible en: http://www.consumer.es/web/es/economia_domestica/2004/03/29/97844.php (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2007).

procedimiento que caracteriza al arbitraje, podemos aventurar que con el tiempo el procedimiento arbitral será completamente virtual. La demanda, la contestación a la demanda y las alegaciones serán susceptibles de presentarse por correo electrónico, y las notificaciones y los recibimientos a prueba podrán realizarse a través de sistemas electrónicos como la videoconferencia. De hecho existen en la actualidad Reglamentos de instituciones arbitrales que prevén este procedimiento “virtual”⁸².

Pero no obstante, es muy significativo cómo desde los propios poderes públicos se está promoviendo el arbitraje *on line*, y muy especialmente en materia de conflictos de consumo.

Una de esas razones es la emergencia del mercado de compras a través de internet. En este entorno virtual de compras y de adquisición de servicios entre consumidores-usuarios y empresas extranjeras, los errores y los fraudes han aumentado. De esta forma, en este contexto, el perjudicado por esta relación comercial no interpondrá ningún tipo reclamación al considerarla inoportuna e inconveniente, pues el bajo valor de la transacción en comparación con el coste del planteamiento de la disputa comercial, sobretodo,

⁸² A modo de ejemplo podemos citar el Reglamento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) relativo a la Política Uniforme de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio, disponible en: <http://www.wipo.int/amc/es/domains/rules/supplemental> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2104).

como consecuencia de la distancia física de las partes, incidirán en no plantear ninguna reclamación⁸³.

Con todo, la expansión de los ODR en el concreto ámbito del consumo no se puede reducir únicamente a motivos de reducción de costes económicos. El arbitraje online de consumo es una forma de acercar, gracias a las nuevas tecnologías, a los consumidores a la Justicia y facilitar así que se resuelvan satisfactoriamente sus quejas y reclamaciones⁸⁴.

Los primeros movimientos de arbitraje de consumo on-line se dieron a nivel nacional a través del proyecto SITAR, y a nivel regional por medio del Proyecto de Arbitraje y Mediación Virtual de Consumo de la Comunidad Valenciana. El programa SITAR (Sistema de Información para la Tramitación del Arbitraje), fue creado por el Instituto nacional de Consumo , en colaboración con la Subdirección general de Tecnologías de la Información (SGTI) del Ministerio de Sanidad y Consumo, presentado por la entonces ministra del ramo Dña. Ana Pastor. Por medio de este sistema, los consumidores pueden presentar sus reclamaciones vía Internet, comprobar cómo dichas reclamaciones son admitidas a trámite, las deliberaciones de los árbitros se efectúan a través de

⁸³ CORTÉS, P., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, ed. Routledge, Nueva York, 2011, p.2.

⁸⁴ CORTÉS, P., “Online Dispute Resolution for Consumers”, en *Online Dispute Resolution: theory and practice*, ed. Eleven International Publishing, Portland, 2012, pp. 141 a 143.

videoconferencia y el laudo se notifica a las partes por correo electrónico⁸⁵.

A nivel regional también se ha potenciado en la Comunidad Valenciana el arbitraje *on line* en materia de consumo. Este proyecto de arbitraje “en línea” fue incluido en el II Plan de Modernización de la Administración Pública Valenciana, aprobado por el *Consell de la Generalitat*, y se encuentra a disposición de los consumidores y empresarios valencianos desde el 16 de diciembre de 2003⁸⁶.

En este procedimiento arbitral se hace uso de las nuevas tecnologías –como la firma digital, internet, correo electrónico y la videoconferencia- en todas sus fases: desde la petición de arbitraje por parte del consumidor, pasando por la celebración de la Audiencia y finalizando con la emisión del laudo. El único requisito exigido para emprender un procedimiento arbitral virtual de consumo es el de estar en posesión de una firma electrónica avanzada proporcionada por la *Generalitat*⁸⁷.

⁸⁵ Información disponible en la página web del Ministerios de Sanidad y Consumo: <http://www.consumo-inc.es> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

⁸⁶ De hecho, en la Comunidad Valenciana se comenzaron a celebrar arbitrajes de consumo virtuales desde el año 2003 y, tal y como informa la Cámara de Comercio de Valencia, sólo en el primer semestre de 2007 se celebraron 111 arbitrajes de consumo virtuales por videoconferencia. Información que se encuentra disponible en: <http://www.camaravalencia.com/camaraonline/contenidoNoticia.asp?noticia=20080711125547> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

⁸⁷ Para más información acerca de este proyecto se puede consultar a ABELLÁN TOLOSA, L., “El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la

Actualmente encontramos una regulación exhaustiva del arbitraje virtual en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁸⁸. Esta norma, con clara vocación innovadora, ha introducido una gran cantidad de modificaciones con respecto a la anterior regulación de 1993, entre las que destaca la introducción de dos modalidades especiales de arbitraje: el arbitraje electrónico y el arbitraje de consumo colectivo⁸⁹.

De esta forma el procedimiento arbitral en materia de consumo se podrá desarrollar de forma completamente virtual, desde su

Comunidad Valenciana”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 10, año 2006, pp. 65-81.

⁸⁸ Se derogó por esta norma el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo que regulaba el anterior Sistema Arbitral de Consumo.

⁸⁹ Además de la implantación de dos nuevas variantes de arbitraje, se pueden destacar la introducción de las siguientes novedades: se instaura la mediación previa obligatoria; se producen importantes cambios en los árbitros y órganos arbitrales, de este modo, se prevé la aprobación y retirada de acreditación de los árbitros, también el procedimiento de remoción y recusación, estableciéndose las causas de abstención, remoción y recusación, desaparecerá la denominación “colegio arbitral” para pasara a llamarse “órgano arbitral” y cabrá la posibilidad de nombrar un árbitro único; se incluye una nueva figura similar al secretario judicial, la del “secretario arbitral”; se fijan los principios de actuación de los árbitros en el ejercicio de sus funciones, es decir, independencia, imparcialidad y confidencialidad; sobre este último aspecto, tal obligación no se impone sólo árbitro sino a todos los intervinientes en el procedimiento, es decir, mediadores partes y personal que preste servicio en las Juntas Arbitrales; será necesaria la motivación del laudo arbitral, sea cual fuere su modalidad, a saber, tanto si el arbitraje ha sido derecho o de equidad; se incrementa la seguridad jurídica al poder recurrirse ante la Junta Arbitral Nacional las resoluciones emitidas por las Juntas arbitrales territoriales que admitan o rechacen las solicitudes de arbitraje; se crean nuevos órganos para un mejor funcionamiento del Sistema Arbitral de Consumo, esto es, la Comisión de Juntas Arbitrales de Consumo y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo.

inicio hasta su conclusión (arts. 51 a 55 RD 231/2008, de 15 de febrero); y en este procedimiento electrónico, se podrá emplear la videoconferencia, tal y como previene expresamente el Real Decreto 231/2008, en las audiencias (art. 44) y en la prácticas de prueba (art. 45).

Con esta pequeña visión del arbitraje, hemos podido comprobar cómo se ha incorporado plenamente la utilización de la videoconferencia en este sistema de resolución de conflictos. Destacamos, en este sentido, la utilización de la videoconferencia tanto en el arbitraje de carácter general como en el arbitraje *on line*, por su extendida implantación, aunque es dable destacar que este medio de telecomunicación también se está introduciendo en otros medios de resolución de conflictos extrajurisdiccionales como es el caso de la mediación.

En este orden de cosas, podemos observar la existencia de la Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁹⁰, y el Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo⁹¹, con el fin de promover el sistema de mediación a través de internet para que las empresas de todo el mundo acudan a este mecanismo de solución de conflictos a la hora de resolver sus disputas, aliviando de este modo la tramitación de asuntos en la jurisdicción ordinaria, –al hallarse

⁹⁰ DOUE L165/63 de 18 de junio de 2013.

⁹¹ DOUE L165/1 de 18 de junio de 2013.

actualmente completamente saturada-, originando a su vez unas grandes ventajas a las sociedades comerciales: por un lado repercutirá en dichas empresas un ahorro económico notable; por otro se conseguirá obtener una solución mucho más expedita que la que se podría lograr por vía jurisdiccional⁹².

Por ello, en el marco de este avance en la Unión Europea de cara a potenciar la resolución de conflictos extrajudiciales de forma electrónica, se ha acordado el Reglamento de la Unión Europea núm. 524/2013, que regula la resolución litigios en línea en materia de consumo, regulación que, al tratarse de un Reglamento es de aplicación directa en España⁹³.

Con todo, no queremos finalizar este apartado sin reseñar que en nuestra opinión en la Ley de Arbitraje española de 2003, se perdió una gran oportunidad a la hora de regular el arbitraje *on line* así como también en la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la administración General del Estado⁹⁴. Pues si bien, *in primis* podemos interpretar que el principio de autonomía de voluntad de

⁹² Para más información sobre el programa *on line confidence* consultar la siguiente página web: http://ec.europa.eu/information_society/activities/eten/cf/opdb/cf/project/index.cfm?mode=detail&project_ref=ETEN-26807 (fecha de consulta: 28 de julio de 2008).

⁹³ BARRAL VIÑALS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 11, 2010, p. 5.

⁹⁴ BOE núm. 121, de 21 de mayo de 2011.

las partes que impera en dicha norma, como indicamos *ut supra*, otorga protección legal a la utilización de la videoconferencia en las actuaciones arbitrales, la regulación que realiza sobre las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, resulta más bien escasa⁹⁵.

3. DERECHO PROCESAL CIVIL

Con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, se produce una modernización muy importante en lo que a medios de prueba se refiere, introduciéndose la llamada “prueba tecnológica”, superando así la prueba tradicional o clásica regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁹⁶.

⁹⁵ Tal vez por tratarse de una Ley que sigue prácticamente de forma literal la ley modelo sobre arbitraje comercial internacional elaborada por la CNUDMI, no se han introducido regulaciones del todo deseables en una nueva ley de arbitraje, y no sólo una reglamentación más completa sobre la utilización de las TICs en un procedimiento arbitral, sino también como indica MONTESINOS GARCÍA se echa en falta en la vigente ley de arbitraje una regulación de las debidas garantías para asegurar en el arbitraje *on line* la autenticación de los mensajes que se notifican, la integridad de los documentos y las fundamentales cuestiones de confidencialidad y defensa de la privacidad. Vid. MONTESINOS GARCÍA, A., “Arbitraje *on line* en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre”..., cit., p. 253.

⁹⁶ Con la introducción de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación como mecanismos auxiliares a la hora de practicar prueba en el proceso civil, por medio de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, DE URBANO CASTRILLO Y MAGRO SERVET han bautizado a esta nueva forma de práctica de prueba por medios informáticos o audiovisuales como “prueba tecnológica”. DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO

El art. 578 de la LECiv/1881 regulaba los medios de prueba que podían ser utilizados en juicio: confesión en juicio, documentos públicos y solemnes, documentos privados y correspondencia, los libros de los comerciantes con las formalidades legales, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y testigos. La vigente LECiv de 1 de enero de 2000 renueva la norma anterior en dos aspectos.

En primer lugar, si bien mantiene las pruebas clásicas, introduce, como ya hemos comentado, la denominada “prueba tecnológica”: “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso” (art. 299.2 LECiv).

En segundo lugar, a diferencia de la normativa anterior, cuyos medios de prueba constituían una cláusula cerrada, se establece una cláusula final abierta por la que se autoriza a practicar “cualquier otro medio (de prueba) no expresamente previsto” si de este “pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias” (art. 299.3 LECiv)⁹⁷.

SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003, p. 17.

⁹⁷ Acerca de la distinción entre medios y fuentes de prueba véase SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, ed. Tirant lo Blanch,

El art. 299.2 LECiv admite, aunque no directamente, la práctica de prueba por el sistema de videoconferencia: “También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”.

Debemos destacar que el empleo de la videoconferencia en el proceso civil, únicamente podría ser aplicable a los supuestos de auxilio judicial. Así se desprende del párrafo segundo del art. 169.4 LECiv, en virtud del cual: “Sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba señalados en el párrafo anterior”.

A pesar de ser una norma muy innovadora respecto de la anterior Ley de 1881, –como por ejemplo, introducir como principio procedimental la oralidad sustituyendo a la regla general anterior que era la escritura, o insertar la prueba por soportes informáticos- sin embargo, en lo que afecta al auxilio judicial, no

Valencia, 1999, pp. 68-72, así como MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ed. Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 146-149.

ha sido tan atrevida a la hora de recoger y reglamentar la incorporación de sistemas de comunicación de una forma expresa.⁹⁸ Si bien en nuestra opinión, dicha cobertura legal a la hora de decretar la posibilidad de utilizar este medio electrónico, vendría dada por los preceptos arriba mencionados así como por el art. 230.1 LOPJ, el cual establece que: “Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de diciembre, y demás leyes que resulten de aplicación”.

Teniendo en cuenta las normas citadas, estaríamos en condiciones de afirmar que la videoconferencia podría emplearse en la práctica de los siguientes medios de prueba:

- a) Interrogatorio de partes;
- b) Testigos que residan fuera de la localidad donde se sigue el juicio; o
- c) Emisión de informes periciales –vía dictamen de peritos del art. 336 LECiv-⁹⁹.

⁹⁸ ASECIO MELLADO, J. M., “Disposiciones generales sobre la prueba en la LEC”, en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 211-212.

⁹⁹ DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 72.

Como nos indica SANCHIS CRESPO, “aunque resulta evidente que la nueva LECiv está pensando en la coincidencia espacio-temporal de las partes y del juez en la práctica de la prueba”, también resulta innegable que en los supuestos *supra* citados, la utilización de esta técnica para la práctica de dichas pruebas es del todo recomendable¹⁰⁰.

Hemos señalado que el sistema de videoconferencia se puede emplear como método auxiliar en la práctica de determinadas pruebas en el proceso civil.

Pero debemos realizar una puntualización a este respecto, atendiendo a una cuestión meramente procedimental, pues cuando alguna de las partes proponga el uso de la videoconferencia para la práctica de una prueba, ¿cómo debe plantearse esa propuesta y en qué momento del proceso?

Dependiendo del tipo de juicio ante el que nos hallemos, a saber, verbal u ordinario, se procederá de diferente manera a efectuar la petición del recibimiento a prueba por videoconferencia.

In primis, cualquiera que sea el procedimiento en el que nos encontremos, como el sistema de videoconferencia requiere forzosamente de la existencia de los medios técnicos tanto en la sede del órgano jurisdiccional en el que se sigue el juicio, como en

¹⁰⁰ SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR, S.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 335.

el lugar desde el que deben comparecer los testigos o peritos, las partes han de advertir con suficiente antelación la intención de practicar prueba utilizando la videoconferencia, precisamente para que se pueda disponer de todos los recursos necesarios para llevar a cabo los interrogatorios de aquéllos¹⁰¹.

Atendiendo al tipo de juicio en particular, en el supuesto de que estemos ante un juicio verbal, van a existir mayores dificultades para la utilización de medios audiovisuales de comunicación bidireccional, al venir ello provocado por la unidad de acto que caracteriza a esta vista, pues la misma hace que sea bastante complicado el empleo de la videoconferencia. Esto es consecuencia de la limitación de equipos de este recurso electrónico en las sedes judiciales. Por tanto, si no se prevé con antelación por el juzgado la utilización de este medio de telecomunicación, difícilmente se va a poder practicar la prueba empleando dicho sistema.

La única solución viable a este inconveniente será que el actor o el demandado avisen con el tiempo necesario al Juez de la intención de usar el sistema de videoconferencia para que pueda reservar con la suficiente antelación el equipo para el día y la hora que le indiquen las partes¹⁰². Una forma de realizarlo sería

¹⁰¹ DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 72.

¹⁰² *Ibidem*, pp. 72-73.

advirtiendo en la propia demanda o en un escrito separado dirigido al órgano jurisdiccional cuáles van a ser las pruebas que se van a proponer en la vista, especificando la que se quiere realizar a través de videoconferencia en el supuesto de que estamos en un juicio verbal. Si el procedimiento seguido es el ordinario, el trámite idóneo para solicitar la comparecencia por videoconferencia de algún testigo o perito será en la audiencia previa y si aconteciese cualquier circunstancia posterior a la audiencia previa que impidiera la comparecencia del testigo o perito en el día de la Vista, a fin de no tener que practicar su prueba como diligencia final (art. 435 LEC), lo idóneo sería, comunicar al Juzgado con una antelación suficiente a la fecha del juicio (por ejemplo un mínimo de 5 días antes de la Vista) la comparecencia a través de videoconferencia.

De este modo, el órgano jurisdiccional podrá realizar todos los preparativos necesarios para que ese día se pueda efectuar la declaración por videoconferencia: reserva de la Sala Audiovisual, y en su caso, comunicación al decanato o servicio común procesal del lugar en el que reside el participante por este medio audiovisual, para que se realicen las gestiones necesarias que se requieran en aras a llevar a cabo de forma efectiva y sin contratiempos la deposición virtual.

En cambio, cuando se esté tramitando el proceso por medio del procedimiento ordinario, estas contingencias van a desaparecer,

pues al proponerse la prueba en la audiencia previa a la celebración del juicio, se podrá poner de manifiesto en dicho momento procesal la intención de utilizar la videoconferencia. De esta suerte, el órgano jurisdiccional tendrá el tiempo material suficiente para prevenir su empleo en el acto del juicio¹⁰³.

En el recorrido de esta síntesis, sobre la utilización de medios de telecomunicación en tiempo real en el proceso civil, es necesario reseñar que en los supuestos de auxilio judicial, se dibuja otra cuestión o problema a tratar, a saber, si el exhorto se ha de liberar obligatoriamente o, de lo contrario, no resulta necesaria su emisión.

DE URBANO CASTRILLO y MAGRO SERVET, entienden que “el órgano judicial debería dictar proveído acordando comunicar al decanato (o servicio común) del domicilio de la parte, testigo o perito que disponga lo necesario para el día y hora señalado a fin de poder utilizar la declaración por el sistema de videoconferencia. Con ello, se agilizará el procedimiento al no tener que proceder al libramiento de los exhortos, ni tan siquiera aunque se utilizara el sistema de correo electrónico que admite el artículo 172.1 LECiv”¹⁰⁴.

Sin embargo, nosotros, en contra de la opinión de los autores mencionados, y concordando plenamente con SANCHIS CRESPO,

¹⁰³ SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”..., cit., p. 336.

¹⁰⁴ DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., p. 73.

entendemos que el exhorto debe ser liberado siempre, sólo que la actuación del órgano exhortado va a cambiar, pues en este caso no estaríamos ante un supuesto de prueba a través de exhorto sino de una colaboración en la que el órgano exhortante realiza la prueba a través de videoconferencia¹⁰⁵.

De este modo, tal y como señala la citada autora, el art. 171.1.4º LECiv deberá ser reinterpretado con la finalidad de poder aplicar la videoconferencia en este sentido¹⁰⁶. Asimismo, el órgano jurisdiccional exhortado deberá comunicar al órgano exhortante la fecha en la que puede proporcionar ese auxilio, cumpliendo de esta forma con lo dispuesto en el núm. 5 del apartado primero del mismo artículo, es decir, cuando las actuaciones que se solicitan deban ser practicadas dentro de un plazo, se deberá indicar al órgano exhortado la fecha en la que éste finaliza. En consecuencia, en virtud de esta norma, el órgano que presta la colaboración indicará el lugar, el día y la hora en la que se va a efectuar la práctica de prueba¹⁰⁷.

Vistas las contingencias que pueden presentarse procedimentalmente por el uso de la videoconferencia en el

¹⁰⁵ SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”..., cit., p. 336.

¹⁰⁶ Recordemos que el art. 117.1.4 establece que el auxilio judicial se solicitará por el tribunal que lo requiera mediante exhorto dirigido al tribunal que deba prestarlo y deberá contener la indicación de las actuaciones cuya práctica se interesa.

¹⁰⁷ SANCHIS CRESPO, C., “La prueba en los procesos de consumo”..., cit., pp. 336-337.

proceso civil, vamos a apuntar una cuestión conflictiva que se sustancia en el marco de las garantías procesales: el de la posible desunión irreconciliable entre la práctica de prueba a través de este medio de reproducción de imagen y sonido bidireccional y el principio de inmediación procesal.

Estamos ante una cuestión primordial y fundamental para otorgar validez constitucional a la práctica de determinadas actuaciones procesales –tanto diligencias de investigación como de prueba- en todo tipo de procesos. Es por ello que este tema será abordado con mucho más detenimiento y profundidad en el segundo capítulo de este trabajo, cuando analicemos la incidencia del empleo de la videoconferencia en el proceso penal y su posible interacción con los principios y garantías procesales constitucionales. No obstante, ello no es óbice para efectuar una serie de pequeñas reflexiones teloneras a este segundo capítulo.

Comenzaremos señalando que en la vigente LECiv se refuerza el principio de inmediación, introduciendo en su art. 137 la obligatoriedad de los Jueces y Magistrados de presenciar todas las declaraciones, pruebas y vistas relativas al proceso, desencadenando en caso de incumplimiento de los apartados 1 y 2 del mencionado precepto “la nulidad de pleno derecho de las correspondientes actuaciones”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ En la LECiv de 1881 si bien se regulaba la necesidad de la presencia del juez en la práctica de las pruebas, no se establecía ninguna consecuencia jurídica

DE URBANO CASTRILLO y MAGRO SERVET, entienden que este reforzamiento del principio de inmediación que se puede apreciar a lo largo de toda la regulación de la LECiv hace conciliable la inmediación con la videoconferencia¹⁰⁹. Y es que precisamente para evitar el abuso procesal que se hacía del auxilio judicial por razones de economía, en el párrafo primero del art. 169.4 LECiv, se estableció la regla general de que los testigos y peritos deben prestar sus declaraciones en sede judicial, y sólo por causas muy excepcionales se permite utilizar la figura de la asistencia judicial.

Como más adelante veremos cuando analicemos la inmediación en el proceso penal, no compartimos la opinión de DE URBANO CASTRILLO y MAGRO SERVET, porque lo que realmente interesa determinar es si cuando estemos empleando la videoconferencia, en ese preciso instante se está produciendo una vulneración de la inmediación o no. Partiendo de una concepción de este principio procesal *stricto sensu*, lo que verdaderamente hay que examinar es si el juez que está presente en sede judicial, a pesar

sancionatoria en el caso de que esto se vulnerara. Ello conducía a una *praxis* legal consentida de practicar prueba ante un funcionario del juzgado diferente del juez. El legislador para combatir este hábito corrupto normó en el art. 137 LECiv la nulidad de pleno derecho de las actuaciones que no se hubiesen efectuado con la preceptiva inmediación. Sobre la inmediación en el proceso civil vid. HERRERA ABIÁN, R., *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006, pp. 15-89.

¹⁰⁹ DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO SERVET, V., *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, cit., pp. 72-74.

de valorar la declaración de un testigo o perito por un monitor en tiempo real, conoce de forma óptima todos los elementos que ante él se presentan, sin que en el momento de esa apreciación existan otros factores intermediarios que distorsionen los sentidos del juez a la hora de valorar la prueba.

Y a la misma conclusión debemos llegar en todos los procedimientos en los que se emplee la videoconferencia como método de auxilio para la práctica de alguna prueba. El hecho de que la intermediación venga recogida en la normativa procesal y procedimental no es óbice para que en cada acto en concreto se produzca su vulneración con la utilización de este medio audiovisual.

De hecho, este sistema se está empleando con una mayor asiduidad en los procesos civiles.

Véase, por ejemplo, la declaración por videoconferencia que realizó el conocido extesorero del Partido Popular, el Sr. Luís Bárcenas, ingresado en prisión preventiva ante el evidente riesgo de fuga y la posibilidad de destruir pruebas como consecuencia de los graves delitos económicos que se le imputan, en el juicio civil interpuesto contra él, por una compañera suya de partido, al considerar que éste había atentado contra su honor, procedimiento judicial que fue tramitado en la ciudad de Toledo.

De esta forma, por razones de utilidad, el Sr. Bárcenas no tuvo que ser trasladado desde la prisión de Soto del Real en Madrid,

hasta Toledo para prestar declaración, lo que indudablemente facilitó la celebración y tramitación de dicho juicio¹¹⁰.

Este aspecto debe ser tenido muy en cuenta, máxime cuando la utilización de la videoconferencia no queda sólo circunscrita al proceso civil o al proceso penal. También puede ser susceptible de uso en el proceso laboral. Piénsese sobre todo en un accidente laboral en un centro penitenciario, y en el proceso laboral que se derivará por dicho accidente para determinar una posible indemnización y en su caso una pensión de incapacidad, se cita como testigo a un preso, que por razones de utilidad, seguridad o alejamiento de la sede del órgano jurisdiccional en el que se desarrollará la Vista, conviene que su declaración sea llevada cabo a través de las nuevas tecnologías, evitándose de esta forma su traslado desde el centro penitenciario al Juzgado¹¹¹. Recordemos que este supuesto es claramente posible y cubierto legalmente, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, se puede aplicar supletoriamente en todo aquello no previsto por la Ley de Procedimiento Laboral (art. 4 LECiv)¹¹².

¹¹⁰ Véase esta noticia en: <http://www.rtve.es/noticias/20131018/cospedal-barcenas-declaran-este-viernes-papeles-del-ex-tesorero-del-pp/768140.shtml> (fecha de consulta: 20 de diciembre de 2013).

¹¹¹ De hecho, nuevamente el Sr. Bárcenas, con ocasión de la demanda interpuesta contra el Partido Popular por despido improcedente, éste volverá a comparecer por medio de videoconferencia: <http://www.madriidiario.es/noticia/luis-barcenas/juicio/despido/413549> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

¹¹² No solo en lo no previsto en la Ley de Procedimiento laboral, sino en cualquier ley del orden procesal que sea, porque el art. 4 LECIV establece lo

Con todo, en la gran mayoría de procesos civiles la inmediación en la declaración de los comparecientes posee una incidencia menor que en el proceso penal a la hora de formar la convicción del Juzgador, en la medida que la prueba reina del procedimiento civil es la documental. Sin embargo, sí existe un supuesto en el que esta concreta inmediación va a tener una clara incidencia en la convicción del Juzgador a la hora de emitir su fallo, nos estamos refiriendo a los recientes casos de nulidad de contratos bancarios que bien se pueden tildar de “productos tóxicos” como son las participaciones preferentes, las obligaciones subordinadas, los contratos de permuta financiera o las hipotecas multidivisa.

Por las entidades de crédito de comercializaron productos de elevado riesgo sin informar adecuadamente a sus clientes de los riesgos que acarrea la suscripción de este tipo de contrato, lo que ha provocado un grave perjuicio económico en estos clientes bancarios.

De esta suerte se están incoando multitud de demandas de nulidad de todos estos contratos, basados en la desinformación de las entidades de crédito, lo que implica su nulidad de pleno derecho con restitución de la prestación por dolo omisivo (arts. 7 y 1.265

siguiente: “Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil: En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

CC), por actuar en contra de norma imperativa al ignorarse la normativa sobre transparencia bancaria (art. 6 CC) o por mediar un consentimiento viciado, pues de haberse conocido los posibles riesgos, el cliente no hubiese firmado el contrato impugnado (art. 1.265 CC).

De este modo, en estos concretos casos, las testificales de los responsables del Banco que ofertaron el producto y del cliente que interesa la nulidad -aun cuando la carga de la prueba de la información la posea la entidad de crédito-, van a ser vitales para acreditar si medió o no la información adecuada por parte del Banco para la contratación de estos productos, erigiéndose la inmediación en uno de los pilares básicos en este tipo de procesos para determinar quién está faltando a la verdad y quién está relatando con credibilidad la realidad de lo sucedido.

A todo ello se debe añadir que en el supuesto de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas el cliente tipo lo constituye una persona de avanzada edad, anciana y en su gran mayoría sin estudios básicos. Estas personas, en muchas ocasiones no interponen las correspondientes demandas, a pesar de sentirse engañados y estafados, ante el miedo de comparecer ante el Juez, pues les impone un gran respeto, y como consecuencia de la multitud de enfermedades que padecen que imposibilitan e incluso desaconsejan su traslado hacia la sede judicial, en el supuesto de que el Banco solicite el interrogatorio de parte.

Esta dificultad en la deposición del anciano que ha solicitado la nulidad de este tipo de contratos se está solventando por los letrados que les asisten por medio de dictámenes periciales psicológicos. De este modo se suplen dos posibles problemas: que el Banco decida no practicar el interrogatorio de parte o que el cliente no quiera ir al acto del Juicio para declarar en caso de ser citado.

Sin embargo, entendemos que en la medida que el actor sea citado por el Banco para declarar, éste deberá realizarlo con la finalidad de restablecer la situación tan injusta a la que se ha visto abocado, perdiendo todos sus ahorros, pues su declaración va a ser clave para acreditar y confirmar, que efectivamente no recibió información alguna de la entidad de crédito, deposición que bien se puede hacer a través de videoconferencia por expresas razones de utilidad con base en el art. 229.3 LOPJ. Pues más vale en estos casos una intermediación virtual, que la ausencia total de intermediación, que impida al Juzgador apreciar la realidad en sus justos términos.

En definitiva, lo que venimos a resaltar hasta ahora es la importancia de aprovechar adecuadamente las nuevas tecnologías, como el uso de la videoconferencia, pues la introducción de las nuevas tecnologías, no implica ser eficaz, sino ser eficiente, y para ser eficiente es necesario de que se doten de medios adecuados a los órganos jurisdiccionales.

Es cierto, que se ha ido legislando con esta voluntad, como es la Ley 18/2011, de 5 de julio¹¹³, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia en su preámbulo señala como uno de los objetivos de la norma “*actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones*” pero, resaltamos que si no se dotan de medios a los Juzgados, el espíritu de dicha norma queda vacía de todo contenido.

Dicha norma regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, reconociendo el derecho de los ciudadanos a utilizar las tecnologías de la información en sus relaciones con los tribunales con la finalidad de agilizar la tramitación de los procedimientos judicial y eliminar las múltiples trabas que la ciudadanía tiene para acceder al sistema judicial¹¹⁴.

Para ello, los ciudadanos podrán elegir el uso de las tecnologías, conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean parte procesal

¹¹³ BOE 6 de julio de 2011.

¹¹⁴ Sobre el contenido de esta Ley consúltense AA.VV., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio* (coords. GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

legítima, obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de parte o acrediten interés legítimo, utilizar los sistemas de identificación y firma electrónica del Documento Nacional de Identidad o cualquier otro reconocido para cualquier trámite electrónico con la Administración de Justicia.

Por su parte, los profesionales de la justicia tendrán la obligación de utilizar los citados medios electrónicos y las aplicaciones tecnológicas establecidas por las Administraciones autonómicas competentes. La finalidad es la tramitación íntegra electrónica de los expedientes judiciales, con el objetivo puesto en una mayor eficiencia y agilidad de los procesos judiciales, con el ahorro en otros materiales –papel- que ello conlleva.

De este modo nace la figura de la sede electrónica, pudiéndose crear una o varias sedes judiciales electrónicas derivadas de una sede judicial, siendo las sedes derivadas o subsedes, plenamente accesibles desde la dirección electrónica de la sede principal. Se realizarán a través de estas, todas las actuaciones, procedimientos y servicios que requieran la autenticación de la Administración de Justicia o de los ciudadanos y profesionales por medios electrónicos.

El Ministerio de Justicia creará y gestionará un punto de acceso general de la Administración de Justicia, para asegurar así,

la completa y exacta incorporación de la información y accesos publicados en éste.

Se regula la firma electrónica, para autenticar los documentos que integran los diversos expedientes judiciales. Por su parte, la tramitación del procedimiento judicial será de forma electrónica, regulándose en dicha norma el llamado expediente judicial electrónico.

De cara a la tramitación y almacenamiento de estos datos se ha creado el Registro judicial electrónico, en cuya virtud las Administraciones competentes dotarán a las oficinas judiciales con funciones de registro de los medios electrónicos adecuados para la recepción y registro de escritos y documentos, traslado de copias, realización de actos de comunicación y expedición de resguardos electrónicos a través de medios de transmisión seguros, entre los que incluirán los sistemas de firma y sellado de tiempo electrónicos reconocidos.

Por último, se regula el tema de la cooperación entre las Administraciones con competencias en materia de Justicia, estableciendo el Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad, que comprende un conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación, normalización y volcado de datos de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las distintas instituciones y Administraciones competentes para

la toma de decisiones tecnológicas que aseguren la interoperabilidad.

Así, comprenderá igualmente, la política de seguridad en la utilización de medios electrónicos en el ámbito de la presente Ley y el establecimiento de los principios básicos y requisitos mínimos que permitan una protección adecuada de la información¹¹⁵.

Precisamente para llevar a término todas estas introducciones tecnológicas en el procedimiento judicial, se ha creado por medio de Real Decreto núm. 396/2013, de 7 de junio el Comité Técnico Estatal de la Administración Judicial Electrónica.

Se trata de un órgano administrativo de cooperación (art. 5 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre) debiéndose regir por lo dispuesto en la citada ley 18/2011, de 5 de julio, y en lo no previsto en ésta, por lo dispuesto en la ley 30/1992, así como en su propio Real Decreto regulador.

Dicho organismo, se supone que goza de absoluta independencia orgánica y funcional, constituyendo un órgano de coordinación entre Administraciones, en el que participan el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas con

¹¹⁵ Los aspectos de esta norma pueden consultarse en: <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/juridico/72024/aspectos-mas-destacados-de-la-ley-182011-de-5-de-julio-reguladora-del-uso-de-las-tecnologias-de-l> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

competencias en materia de justicia, con la finalidad de implantar este procedimiento judicial telemático.

Sin embargo, a pesar de la existencia de esta normativa que aboga por la tramitación de un expediente electrónico que, sin duda, en el procedimiento civil sería de una gran utilidad, dado que existen muchos procedimientos en los que no se practica prueba personal –monitorios, cambiarios, ejecuciones de títulos judiciales y extrajudiciales-, y, en aquéllos en los que sí se lleva a cabo, ésta prueba podría llevarse a término a través de videoconferencia por razones de utilidad, por lo que toda la tramitación electrónica agilizaría los trámites del procedimiento judicial, lo cierto es que no vemos su aplicación en la práctica ni en el proceso civil ni en el resto de procedimientos.

Ello, ciertamente hace desmerecer nuestro sistema judicial, pues se pierde una gran oportunidad de tener una Administración de Justicia de calidad.

Sabemos, que el tiempo es una variable de la eficiencia, a menor tiempo mayor eficiencia y reducción de costes. Si un proceso dura menos tiempo, ello se traducirá en menos volumen de trabajo y, por tanto, en una reducción del personal del Juzgado y en una agilización del sistema judicial, es decir, una clara reducción de costes económicos para el Estado.

Si se invirtiese en dichos mecanismos de agilización procesal, no sería necesario introducir medidas tan gravosas para los

ciudadanos con el fin de limitar el acceso a la Justicia a fin de tratar reducir el volumen de trabajo de los Juzgados como es la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia. En definitiva, para solucionar los costes que implican la alta litigiosidad de nuestro país no se debe acudir a soluciones temporales y gravosas para las ciudadanos teniendo a su alcance el Estado una alternativa de futuro estable como es la implementación de las nuevas tecnologías, sobre todo en el proceso civil, dado que es el orden jurisdiccional con más volumen de trabajo.

De hecho, en el ámbito del derecho procesal civil a nivel comunitario, sí se está potenciando el uso de las nuevas tecnologías. Un ejemplo, lo constituye el reciente Reglamento 655/2014, de 15 de mayo¹¹⁶, que regula la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, introduciendo la posibilidad del empleo de las nuevas tecnologías a fin de agilizar el procedimiento de cobro, incluyendo para ello en su art. 9 la posibilidad de que comparezcan los acreedores o los testigos en dicho procedimiento a través de videoconferencia.

En conclusión, la incorporación de las nuevas tecnologías como la videoconferencia en el proceso civil, implica la potenciación del principio de oralidad al garantizar la práctica de

¹¹⁶ DOUE L 189/59 de 27 de junio de 2014.

pruebas que en otras épocas no hubiera sido posible practicar por las particulares circunstancias geográficas o personales, eliminándose así las actuaciones que tradicionalmente se han practicado por exhorto escrito. De igual modo, gracias a la práctica de pruebas a través de medios electrónicos se configura una práctica de prueba más ágil, con lo que se potencia el principio de concentración. Por último, con la utilización de la videoconferencia, el principio de intermediación se encuentra también muy reforzado al equipararse presencia virtual a presencia física, al conseguir el contacto del juez con pruebas personales que antes nos resultarían imposibles de practicar¹¹⁷.

Finalizando este apartado, queremos recordar a modo de síntesis que hasta este momento hemos llevado a cabo un breve análisis sobre la incidencia e impacto del empleo de la videoconferencia en diferentes disciplinas jurídicas que han hecho uso de la misma en el desarrollo de sus actividades, con el propósito, indicado al principio de este estudio, de comprobar cómo este medio audiovisual ha sido plenamente aceptado y utilizado en la comunidad jurídica.

Hemos podido apreciar cuál importancia posee el uso de la videoconferencia en el procedimiento arbitral, y las manifiestas ventajas que presenta en el ámbito de las sociedades mercantiles,

¹¹⁷ BUENO DE MATA, F., Prueba electrónica y proceso civil 2.0, *ed. Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014, p. 189.

también hemos advertido su inclusión en el terreno jurisdiccional, pero sólo hemos analizado su vertiente civil, pues en lo concerniente al ámbito penal de un procedimiento judicial, va a ser a partir de este mismo momento fruto de un profundo análisis en este trabajo, constituyendo nuestro eje central de estudio la aplicación de la videoconferencia en el proceso penal español.

Sección segunda

La utilización de la videoconferencia en el proceso penal

**I. FACTORES QUE INTERVIENEN EN SU INCLUSIÓN
EN EL PROCESO PENAL**

Antes de abordar el análisis de la utilización de la videoconferencia en nuestro ordenamiento jurídico, creemos imprescindible, como todo trabajo científico que se precie, explicar cómo se origina el hecho de introducir la videoconferencia en un proceso criminal.

Por otro lado también consideramos oportuno realizar una sistematización de la legislación tanto interna de otros países como de carácter internacional, que regulan el empleo de este recurso electrónico en el orden procesal penal, con el objetivo de mostrar cómo su utilización en un procedimiento criminal constituye una práctica generalizada y no aislada.

1. CAUSAS INICIALES: VICTIMACIÓN Y SATURACIÓN JUDICIAL

El primer país en el que se introdujo la videoconferencia en el proceso penal fue Estados Unidos. Se viene utilizando de forma regular en los tribunales de dicha nación desde 1982, cuando en el

condado de *Dade*, Florida, se comenzó a emplear un circuito cerrado de televisión con sistema bidireccional, en las primeras declaraciones tomadas a los detenidos en casos de delitos menores (*misdeemeanor*), entre otras razones, por el incremento de asuntos litigiosos en los tribunales. Se demostró que poniéndose en práctica este circuito cerrado, se agilizaban los trámites¹¹⁸. Posteriormente se recurrió al uso de la videoconferencia de una forma más generalizada en procesos por delito de abusos de menores (*child abuses*)¹¹⁹.

Significativo en este último aspecto fue la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto *Maryland v. Craig*, en el que el Tribunal permitió que una supuesta víctima de abusos sexuales, menor de edad, testificara por medio de un circuito cerrado de televisión unidireccional, apoyado en el siguiente razonamiento: la tecnología preserva “(la) esencia del derecho de

¹¹⁸ Vid. SILBERT, J.M., NEWMAN HUTTON, U., KALSER, L., “The Use of closed circuit Television for Conducting Misdemeanor Arraignments in Dade County, Florida”, en *University of Miami Law Review*, vol. 38, núm. 4, Julio 1984, pp. 657 y ss.

¹¹⁹ Para un examen más profundo de la utilización de la videoconferencia en delitos de abusos sexuales de menores, se recomienda consultar A.C. GOODMAN, “Two critical evidentiary issues in child sexual abuse cases: closed-circuit testimony by child victims and exceptions to the hearsay rule”, en *American Criminal Law Review*, vol. 32, 1995, pp. 855-882, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2007).

confrontación, incluyendo el derecho a observar, interrogar, y a que el jurado vea el comportamiento del testigo”¹²⁰.

El factor determinante para la utilización de este medio técnico fue evitar la llamada victimación secundaria¹²¹, es decir, una forma de eludir que la víctima menor de edad sufra la intimidación y el trauma psicológico que puede producir la confrontación visual con el autor del delito.

En la declaración de testigos en Estados Unidos, se dio un paso más en el asunto *United States of America v. Mario Gigante*¹²², por cuanto se produjo la declaración de un testigo arrepentido e integrante del Programa federal de protección de testigos, contra los miembros de una organización mafiosa por medios de telecomunicación bidireccionales, y no unidireccionales, como en

¹²⁰ 497 U.S. 836 (1996), *MARYLAND, Petitioner v. Sandra Ann CRAIG*, núm.. 89-478, 27 de junio de 1990, disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 13 de noviembre de 2007).

¹²¹ La moderna victimología hace una distinción entre victimación primaria, secundaria y terciaria, exigiendo que se apliquen todos los mecanismos necesarios para conseguir la llamada desvictimación, a saber, un proceso de reconocimiento social y asistencial de la víctima (no indemnizatorio) y prevenir de este modo la revictimación. Lo que a nosotros interesa ahora, la victimación secundaria es “el conjunto de costes personales que tiene para la víctima de un hecho delictivo su intervención el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento. El concepto comprende los efectos traumatizantes derivados de los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico-forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral”. TAMARIT SUMALLA, J.M., “La victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, en *Manual de Victimología* (coords. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 32.

¹²² *United States v. Gigante*, 166 F.3d 75 (2d Cir. 1999), disponible en: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

Craig, en este caso por imposibilidad de poder asistir a la celebración de la vista, motivado por el padecimiento de una grave enfermedad, al padecer un cáncer en fase avanzada. De este modo, se evitaba la suspensión del juicio por incomparecencia del testigo y se aseguraba la práctica de esta prueba de cargo. Por otro lado, indirectamente se protegía su salud y su seguridad con esta modalidad de participación virtual en el proceso.

Pero el empleo de este medio audiovisual no quedó ahí. En 1995 con la aprobación de la *Prison Litigation Reform Act*, en virtud de la cual se enmendaba el art. 1997e(f) del Código de Estados Unidos de América (USCA)¹²³, se facilitó a los tribunales federales la posibilidad de escuchar a las personas reclusas en los

¹²³ 42 U.S.C.A. § 1997e. Art. 1997e(f) del Código de Estados Unidos de América: “Audiencias: (1) A la extensión practicable, en cualquier acción traída en lo que concierne a las condiciones del encarcelamiento en el tribunal Federal de conformidad con la sección 1983 de este título, o con cualquier otra ley Federal, por un preso recluso en cualquier cárcel, prisión, u otra instalación correccional se permitirá en los procedimientos preliminares penales en los que se requiera la participación del preso que se efectúe por teléfono, por videoconferencia, o por otras tecnologías de telecomunicaciones sin trasladar al preso del recinto en el cual está confinado. (2) Sujeto al acuerdo del funcionario de la unidad Federal, Estatal, o local de gobierno con la custodia sobre el preso, las audiencias pueden ser realizadas en el recinto en el que el preso está encarcelado. A la extensión practicable, el tribunal permitirá al abogado participar por teléfono, por videoconferencia, o por otras tecnologías de comunicación en cualquier audiencia celebrada en el recinto”. Precepto disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009). Este artículo fue modificado, como hemos dicho por la *Prison Litigation Reforma Act* de 1995, PL 104-134, 1996 HR 3019, la cual se puede consultar en la Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

centros penitenciarios cuando su participación fuera obligatoria en la audiencia previa a la decisión sobre la libertad condicional, realizando esta comparecencia a través de videoconferencia.

Por lo expuesto hasta el momento, se puede observar que, en un inicio, la videoconferencia se introdujo en el proceso penal como mecanismo acelerador del funcionamiento de la Administración de justicia, colapsada por el gran volumen de asuntos que conocían los órganos jurisdiccionales así como por la irrupción en el procedimiento penal de las teorías de la victimología, introducción efectuada por los jueces¹²⁴.

¹²⁴ El estudio del Derecho penal, históricamente ha estado centrado en la relación entre el delincuente y la sociedad, prestándose poca atención a la tercera parte de la relación criminal, a saber, el sujeto pasivo del delito. En un primer momento, la víctima era la que debía perseguir a su ofensor, pero con la llegada de las monarquías absolutas y con la concepción de que el delito afecta a toda la sociedad, la persecución de los hechos criminales quedó en manos del Estado, monopolizando el *Ius puniendi*, de forma que a partir de este momento, fuera de por él mismo este derecho a castigar no se podía ejercitar, penándose criminalmente la realización arbitraria del propio derecho. De este modo, lo que constituyó un gran avance en la persecución penal, primero asumiendo el *Ius puniendi* el Estado, y en segundo lugar, con la creación de los Ministerios Públicos, no lo fue tanto con relación a la víctima, pues esta pasó a ser utilizada como un recurso más en la persecución y enjuiciamiento de los delincuentes, sin que se tuvieran en cuenta sus intereses. Es por esto por lo que a mediados del siglo XX, con VON HENTING y MENDELSONHN principalmente, se funda una rama de la criminología: la victimología, por la que sin dejar de lado el papel que debe jugar el Estado en las políticas de prevención, persecución y represión de las conductas delictivas, la víctima pasa a tener un interés político, legislativo y social.

2. CAUSAS QUE SE ADICIONARON POSTERIORMENTE: SEGURIDAD Y PROTECCIÓN DE TESTIGOS.

De Estados Unidos se extiende al mundo anglosajón, pero es Italia el primer país que introduce este medio técnico en el proceso penal en el continente europeo y no precisamente por razones de saturación judicial ni victimológicas, sino por motivos de peligrosidad y de protección a testigos¹²⁵.

De todos es sabido el gran problema que constituye la Mafia en el citado país transalpino, una organización social, cultural y delictiva, afincada en Sicilia, de gran complejidad organizativa, aliada en muchos casos con el poder político y que constituye una grave amenaza desestabilizadora para el Estado¹²⁶.

De la experiencia norteamericana, en la península itálica vieron en la utilización de este sistema de comunicación de imagen y sonido, un mecanismo útil tanto para la declaración de los

¹²⁵ Italia fue el primer país en introducir la videoconferencia en juicios penales en el continente europeo, pero fue Inglaterra el primer Estado de Europa que reguló la utilización de la videoconferencia en el proceso penal. En concreto en el art. 32 de la *Criminal Justice Act* de 1988, se autorizaba el uso de *live television links*, en dos supuestos: cuando el sujeto que había sido llamado a realizar la declaración se encontraba fuera del Reino Unido y para evitar la confrontación visual del menor víctima de delitos de violencia, torturas o de carácter sexual. Puede consultarse este precepto en: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/ukpga_19880033_en_5#pt3-11g32 (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

¹²⁶ Para saber más sobre el fenómeno mafioso, tanto su origen como su situación actual, vid. MARINO, G.C., *Historia de la mafia. Un poder en las sombras* (trad. GENTILE VITALE, J.C.), ed. Ediciones B, Barcelona, 2002.

imputados-acusados desde los centros penitenciarios –atendiendo al alto riesgo de fuga existente en el traslado de estos presos-, como en las declaraciones de los testigos, sin necesidad de comparecer en la Sala de Vistas y sentir la intimidación de los acusados, y en consecuencia declarar con absoluta tranquilidad, convirtiéndose en un método eficaz en la lucha contra el crimen organizado¹²⁷.

La doctrina italiana encuadró la incorporación de la videoconferencia en el proceso penal en el denominado *doppio binario processuale*. Así, el sistema del *doppio binario* se puede definir como: “un sistema por el cual se prevé, junto y por añadidura a la pena tradicional infligida sobre el presupuesto de la culpabilidad, una medida de seguridad, es decir, una medida fundada sobre la peligrosidad social del reo y que tiene como finalidad su rehabilitación social”¹²⁸. Si nos fijamos bien en esta definición, vemos como realmente el *doppio binario* no es más que el sistema penal de doble vía, en virtud del cual, el hecho criminal

¹²⁷ Se debe tener en cuenta la particular potencialidad de la intimidación que caracteriza al vínculo asociativo mafioso. Esta intimidación se basa en el miedo y temor del testigo o de la víctima a sufrir graves males y de la convicción de que esos males se van efectivamente a perpetrar, esto provoca el silencio (*omertà*) y la reticencia a la no colaboración con los órganos del Estado. SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, ed. CEDAM, Padova, 1987, p. 37.

¹²⁸ FIANDACA, E.M., *Diritto penale. Parte generale*, ed. Zanichelli, Bologna, 1995, p.632.

que revista los caracteres de delito puede tener dos consecuencias jurídicas: la pena y la medida de seguridad.

Sin embargo la doctrina italiana ha proyectado este concepto de sistema penal de doble vía en el proceso penal, entendiéndose que por medio del *doppio binario processuale* se prevé una disciplina especial mayormente represiva en relación con los delitos que producen alarma social, como son todos los relativos a la criminalidad organizada¹²⁹.

De esta forma, en el enjuiciamiento de determinados delitos, se adoptarán una serie de medidas, que no pueden calificarse de cautelares, sino más bien de seguridad, pues su finalidad es la prevención pre-delictiva o post-delictiva –como la reiteración delictiva, o el riesgo de fuga-, o incluso en la práctica de determinadas diligencias, dependiendo del tipo de delito del que se trate, como suele ser terrorismo, narcotráfico, asociaciones ilícitas de corte mafioso, sus derechos se ven aún más restringidos que para el resto de los delincuentes habituales. En conclusión, se instaura una mayor modalidad represiva contra delitos de particular

¹²⁹ Entre otros FERRAIOLI, M., “Introduzione”, en *Nuove Strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti: commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11 (c.d. legge sulla videoconferenza)* (dirs. DELLA MONICA, G., DALILA, A. A.), ed. Giuffrè, Milán, 1998, pp. 3-5, TONINO, P., *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2005, p. 609, CURTOTTI NAPPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2006, pp. 53-72.

gravedad, medidas restrictivas que en Italia han sido reconocidas por el Tribunal Constitucional acordes a su Carta Magna¹³⁰.

Este sistema del *doppio binario* fue introducido en el *Codice di Procedura Penale* de 1930, comúnmente conocido como *Código de Rocco*, en virtud del cual se podían adoptar una serie de medidas de seguridad, cuyo presupuesto para su decreto no consistía en la comisión de un delito, sino en la calificación de la persona como “socialmente peligrosa”, por existir una probabilidad futura de comisión de cualquier hecho delictivo¹³¹.

La introducción de este sistema punitivo de doble vía, fue implantado por influencia de las posturas del Positivismo penal italiano¹³², destacando en la adopción del *doppio binario* el concepto de *temibilità* acuñado por Raffaele GAROFALO, entendiéndose como un factor que interviene en la culpabilidad del

¹³⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional de Italia núm. 63, de 24 de febrero de 1994 y núm. 372, de 14 de noviembre de 2006: “El empleo de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas en procedimientos diferentes, limitadas a la comprobación de una categoría predeterminada de delitos presumiblemente capaces de levantar una particular alarma social, constituye indudablemente un no irrazonable balance operado discrecionalmente por el legislador entre el valor constitucional representado por el derecho inviolable de los individuos a la libertad y al secreto de sus comunicaciones y aquellos representados por el interés público primario a la represión de los delitos y a la persecución en juicio de aquellos que delinquen”.

¹³¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 778.

¹³² La Escuela positiva italiana, sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y estimó que el delito constituye un “síntoma” de patología psico-somática, y con base en ello, se esbozó por esta escuela un nuevo fin de política criminal, sustituir la represión por la prevención. *Ibidem*, p. 778.

delincuente, defendiendo este autor al mismo tiempo la llamada prevención especial como fin de la pena y la teoría de la defensa social como base del derecho a castigar¹³³. Posteriormente, el mencionado concepto de “temibilidad”, es perfeccionado primero por VON LISZT, incorporando el término “estado peligroso”, siendo el delincuente un ser defectuoso, un “peligro social”, constituyendo para el citado autor la peligrosidad del delincuente y la defensa social el fundamento de la pena¹³⁴, y después por JIMÉNEZ DE ASÚA, acuñando el concepto moderno de peligrosidad, apuntando ya que “el creciente aumento de la criminalidad en todos los países, alborean estas modernas concepciones que convierten el derecho represivo en un verdadero *Derecho penal preventivo*”¹³⁵.

Retomando el hilo de la implementación de sistemas audiovisuales (*collegamenti audiovisivi*) en el proceso penal en Italia, recordemos que dicha implantación se debía a dos factores: la peligrosidad del delincuente basada en el *doppio binario*

¹³³ En lo concerniente al Positivismo Penal Italiano vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, A., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 65-67.

¹³⁴ Sobre la concepción de la pena de Von Liszt ver su Programa Universitario de Mamburgo, en VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho Penal* (trad. AIMONE GIBSON, E.), ed. Edebal, Valparaíso (Chile), 1984, pp. 52-134.

¹³⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, ed. Reus, Madrid, 1920, p. 33, en relación al concepto de peligrosidad es interesante consultar a ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, ed. Bosch, 1986, en cuyo libro realiza un análisis de todos los tipos de peligrosidad existentes.

–acabada de mencionar- y la protección del testigo, aspecto este último que pasamos acto seguido a explicar.

Para la persecución del crimen organizado se hacía indispensable la necesidad de que el testigo declarara en sede diferente a la celebración de juicio oral para asegurar su asistencia, pensando principalmente en otorgarle protección y evitar una incomparecencia del mismo que pudiera estar motivada en la intimidación que ocasionaba el hecho de declarar en presencia del delincuente mafioso.

Estos programas de protección estaban destinados básicamente a los denominados arrepentidos (*pentiti*), figura introducida gracias a la ingente labor realizada a finales de los años 70 por el célebre juez antimafia Giovanni Falcone, principal valedor para que esta institución quedara regulada en la legislación penal y penitenciaria italiana¹³⁶, por la que miembros de la Mafia se convertían en

¹³⁶ La figura del arrepentido es introducida en los modernos procesos penales europeos gracias a la defensa que se realizó para su inclusión por el Juez antimafia Giovanni Falcone, el cual reclamaba una introducción de esta figura en Italia del mismo modo y manera en la que se regulaba en Estados Unidos. Esta figura fue creada por la Inquisición española, en virtud de la cual a aquellas personas que se arrepentían de sus actos de herejías, confesaban sus crímenes y delataban a sus cómplices tenían un trato indulgente por el tribunal inquisitorial, que podía oscilar desde la conmutación de la pena de muerte, por la de cadena perpetua pasando por la absoluta liberación. No resulta una arbitraria casualidad que se introduzca actualmente una figura inquisitorial en los actuales procesos penales, pues la Inquisición constituyó una fuente de inspiración en la regulación de los mismos hasta fechas muy recientes, apareciendo incluso una forma de estos que se acuñó por su germen de inspiración como “proceso inquisitorial”, cuyos vestigios perduran hoy en día.

informadores, a cambio de inmunidad, protección policial y la creación de nuevas identidades. Este método resultó todo un éxito, y consiguió que los *pentiti* comenzaran a revelar nombres y detalles de sus antiguos colegas, rompiendo con el juramento de la *Omertà*, constituyendo un gran golpe de efecto contra la *Cosa Nostra*¹³⁷, produciéndose el encarcelamiento de un gran número de mafiosos en Italia y en Estados Unidos¹³⁸.

De este modo, en Italia, coincidiendo con lo dicho por CURTOTTI NAPPI, con la introducción de estas normas sobre participación a distancia del imputado peligroso o colaborador,

¹³⁷ La Cosa Nostra “es una sociedad, una organización, a su modo, jurídica”, se podría decir que es un Estado con sus propias normas y sus propios métodos de impartir justicia, rápidos y directos, por lo que “desde el momento en que dentro del estado-mafia no existen ni tribunales ni fuerzas del orden, es indispensable que cada uno de sus ‘ciudadanos’ sepa que el castigo es inevitable y que la sentencia será ejecutada inmediatamente”. La única forma para que sea respetado este “Estado-mafia” es mediante la aplicación del reglamento interno de esta organización, es decir, empleando y ejecutando mecanismos punitivos eficaces, recurriendo al asesinato como la única vía posible en la gran mayoría de ocasiones, para restablecer el orden interno de la misma. FALCONE, G., PADOVANI, M., *Cosas de la Cosa Nostra* (trad. IZQUIERDO, M.), ed. Ediciones Barataria, Barcelona, 2006, pp. 34-35 y 48.

¹³⁸ Se produjo en la década de los 70 y de los 80 una renovación en la Magistratura, abanderando el grupo Antimafia de la Fiscalía de Palermo (integrado por excelentes magistrados como Giuseppe Ayala, Giacomo Conte, Giuseppe Di Lello, Leonardo Guarnotta, Giovanni Falcone, o Paolo Borsellino, entre otros), toda una guerra judicial contra la mafia, provocando indirectamente la promulgación de leyes que redefinían la lucha contra el crimen organizado de tipo mafioso, dando resultados muy positivos esa cruzada contra el crimen organizado. Ejemplo de estas normas, serían las aquí tratadas sobre la participación a distancia del imputado-acusado, o la modificación del art. 416 bis del Código Penal, en el que por primera vez en el ordenamiento jurídico italiano se tipificaba el delito de asociación mafiosa. MARINO, G. C., *Historia de la mafia. Un poder en las sombras...*, cit., pp. 373-414.

bajo el principio de supervisión judicial –rincón privilegiado de la fase sumarial en el proceso penal italiano-¹³⁹, que bien se podrían incluir en la legislación de emergencia, se pretende conseguir un proceso más dinámico y rápido, a costa de unos mecanismos que implican un “adelgazamiento de los procedimientos”, una consolidación de los poderes coercitivos y un retroceso del principio acusatorio en el procedimiento probatorio¹⁴⁰.

II. LA VIDEOCONFERENCIA EN TEXTOS INTERNACIONALES PÚBLICOS Y REGULACIONES INTERNAS DE DERECHO COMPARADO

Así las cosas, vemos cómo a raíz del éxito italiano, se produce un efecto dominó, y comienza a introducirse la videoconferencia en las legislaciones de los ordenamientos jurídicos internos y en Convenios Internacionales.

Como hemos apuntado *ut supra*, vamos a señalar muy brevemente qué ordenamientos jurídicos internos y legislaciones de

¹³⁹ Se debe recordar que en el sistema procesal penal italiano, la fase de investigación se atribuye al ministerio fiscal, existiendo un juez de garantías el cual fiscaliza que se cumplan todas las garantías y derechos fundamentales del imputado siendo el único que puede realizar actos propiamente jurisdiccionales, como por ejemplo la práctica de prueba anticipada y medidas que afecten a los derechos fundamentales del imputado, tales como medidas cautelares penales y también medidas cautelares civiles.

¹⁴⁰ CURTOTTI NAPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale...*, cit. p. 57.

ámbito internacional han introducido la videoconferencia como mecanismo auxiliar de práctica de diligencias de investigación y de actos de prueba en un proceso penal.

1. ÁMBITO INTERNACIONAL

En el terreno internacional, nos encontramos con el hecho de que la técnica de comunicación de imagen y sonido bidireccional en tiempo real, ha sido tomada en consideración por organismos de una gran trascendencia jurídica como son la Corte Penal Internacional, las Naciones Unidas y la Unión Europea.

A) Corte Penal Internacional y Tribunales Internacionales ad hoc para la Antigua Yugoslavia y Ruanda

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998, ratificado por España mediante LO 6/2000, de 4 de octubre¹⁴¹, se prescribe en sus arts. 62 y 63.1 como norma general que el juicio se desarrollará en la sede de la Corte y que el acusado deberá estar presente en el mismo¹⁴². Sin embargo

¹⁴¹ BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2000.

¹⁴² Art. 62: “A menos que se decida otra cosa, el juicio se celebrará en la sede de la Corte”. Art. 63.1: “El acusado estará presente durante el juicio”. El Estatuto de la Corte Penal Internacional se encuentra disponible en:

se admiten excepciones a esta regla, regulando una participación a distancia de testigos y acusados a través de la utilización de un sistema de imagen y sonido bidireccional.

Para la protección de testigos, víctimas y acusados, su art. 68.2 prevé la posibilidad de que las declaraciones se presten “por medios electrónicos u otros medios especiales”¹⁴³. La introducción de esta regulación en la Corte Penal Internacional, viene en la línea de la reglamentación efectuada en los Reglamentos sobre Prueba de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

En la celebración de juicios por crímenes de guerra ante estos tribunales *ad hoc*, se advirtió las notables dificultades que podían surgir en la declaración de testigos, teniendo en cuenta que la no declaración de algún testigo importante podría ocasionar la vulneración del derecho a un juicio justo¹⁴⁴.

Con el fin de que esas contingencias no se produjeran se regularon en los Reglamentos sobre prueba de ambos Tribunales cuatro formas diferentes para obtener un testimonio sobre el territorio del Estado de residencia en el caso de que el testigo no

[http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

¹⁴³ El citado art. 68.2 es susceptible de consultarse en [http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

¹⁴⁴ BELTRÁN MONTOLIÚ, A., *Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 60.

podiera presentarse en la Sala en la que se estaba siguiendo el juicio¹⁴⁵; que el Tribunal acuda al lugar en el que se encuentre el testigo¹⁴⁶; que un funcionario de la Corte sea el que acuda al lugar en el que se encuentra el deponente para después incorporar su declaración en el juicio¹⁴⁷; que sean las autoridades locales las que realicen el interrogatorio¹⁴⁸; o por último, que el testigo declare directamente a través de videoconferencia¹⁴⁹.

Y es justo esta última forma de declarar en el caso de que existiera riesgo de que el testigo no compareciera en la Audiencia, la forma recomendada para prestar testimonio en el primer informe anual del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

¹⁴⁵ KLIP, A., “Witnesses before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, en *Revue Internationale de Droit Pénal: bulletin de l'Association Internationale de Droit pénal*, vol. 67, 1996, pp.287-290.

¹⁴⁶ Art. 4 de los Reglamentos sobre Procedimiento y Prueba de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda. El Reglamento sobre Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, se puede consultar en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev42_fr.pdf (fecha de consulta: 15 de marzo de 2009); por su parte el Reglamento sobre Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para Ruanda se puede encontrar en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev42_fr.pdf (fecha de consulta: 15 de marzo de 2009).

¹⁴⁷ Art. 71 de ambos Reglamentos acabados de citar.

¹⁴⁸ Esta opción según KLIP, vendría dada a acudir a la legislación propia del Estado en el que se encuentre el testigo, y en virtud de su normativa de declaración a distancia, aplicar esta y no la regulada en los Reglamentos sobre Procedimiento y Prueba de los Tribunales Internacionales. KLIP, A., “Witnesses before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, cit., pp. 288-290.

¹⁴⁹ Art. 71.D) de los Reglamentos sobre Procedimiento y Prueba de los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda.

del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, A/49/342, S/1994/1007, de 29 de agosto de 1994¹⁵⁰.

Haciendo caso de estas recomendaciones se puso en práctica en el Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el asunto *Dusko Tadic* núm. IT-94-1, ya que en este juicio las declaraciones de los testigos de cargo se prestaron a través de videoconferencia¹⁵¹. Se trataba en su gran mayoría de mujeres que habían sido víctimas de agresiones sexuales.¹⁵²

Por ello, la Corte resolvió a favor de que estas mujeres depusieran por videoconferencia, al entender que se debía minimizar al máximo de lo posible una nueva erosión psicológica en la persona de la víctima, debiéndose evitar así la confrontación visual entre víctimas y acusados¹⁵³.

Retomando de nuevo el hilo trazado acerca de la Corte Penal Internacional, en lo referente al acusado, el art. 63.2 de su Estatuto, ante la posibilidad de que se produjeran situaciones tan conflictivas

¹⁵⁰ Informe disponible en: <http://www.un.org/icty/rappannu-e/1994/index.htm> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

¹⁵¹ Dusko Tadic, fue condenado a 20 años de prisión el 26 de enero de 2000. Todos los documentos relativos a su proceso, se encuentran disponibles en: <http://www.icty.org/cases/party/787/4> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

¹⁵² GETTI, J., LESCURE, K., “Historique du fonctionnement du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie”, en *Revue internationale de Droit Pénal: bulletin de l'Association Internationale de Droit pénal*, vol. 67, 1996, p. 260.

¹⁵³ Decisión relativa a la cuestión prejudicial elevada por la acusación con la finalidad de obtener medidas de protección de víctimas y testigos, de 10 de agosto de 1995, asunto núm. IT-94-1, disponible en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895pm.htm> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

como las acaecidas en el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, a fin de evitar los llamados “juicios de ruptura” –fenómeno que se produjo durante la celebración del juicio oral en el citado tribunal-¹⁵⁴, se decide otorgar a la Sala de Primera Instancia la facultad para disponer que el acusado perturbador salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación¹⁵⁵.

En último lugar, debemos resaltar que a pesar de la regulación de la participación de testigos, víctimas y acusados a través de videoconferencia en los procesos seguidos en la Corte Penal Internacional, se debe partir siempre de que esas medidas se adoptarán únicamente en circunstancias excepcionales, después de que se haya demostrado que no existen otras posibilidades razonables y adecuadas, y únicamente durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

¹⁵⁴ Son aquellos en los que el acusado o los acusados alteran con su comportamiento el desarrollo normal del juicio oral.

¹⁵⁵ Art. 63.2: 2. “Si el acusado, estando presente en la Corte, perturbare continuamente el juicio, la Sala de Primera Instancia podrá disponer que salga de ella y observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación. Esas medidas se adoptarán 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”. Disponible en: [http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) (fecha de consulta: 18 de julio de 2014).

B) Naciones Unidas

En el marco de las Naciones, encontramos diferentes textos en los que se hace mención al empleo de la videoconferencia en temas relacionados con la justicia.

Ya en el “Informe sobre la administración de justicia en las Naciones Unidas” del año 2000, elaborado por la Dependencia Común de Inspección en Ginebra (JIU/REP/2000/1)¹⁵⁶, se recomendaba la utilización de las nuevas tecnologías, y entre ellas la videoconferencia¹⁵⁷. Por su parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York, el 15 de noviembre de 2000, se permite el uso de la videoconferencia para las declaraciones de testigos y peritos¹⁵⁸.

De este modo su art. 18.18 prevé la viabilidad de celebrar la audiencia por videoconferencia “si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio

¹⁵⁶ Susceptible de consultarse en: <http://www.unjiu.org> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

¹⁵⁷ En concreto en el apartado VII.C) de dicho Informe se recomendaba la utilización de la videoconferencia “para facilitar el acceso del personal sobre el terreno a las instancias de solución de controversias y a los órganos de apelación”, disponible en: <http://www.unjiu.org> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

¹⁵⁸ Ratificado por España en BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

del Estado Parte requirente”¹⁵⁹, siempre que sea operable y compatible con los principios fundamentales del derecho interno. Además el art. 24.2.b, en relación a la protección de testigos, faculta la utilización del mencionado recurso audiovisual en la práctica de la prueba testifical, cuando se crea que la seguridad del declarante no esté cerciorada¹⁶⁰.

Por último asimismo es dable destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York, el 31 de octubre de 2003¹⁶¹, cuyos arts. 32 y 46.18 prevén un sistema de declaración de testigos y peritos a través de esta técnica, similar al convenio acabado de citar¹⁶².

¹⁵⁹ Precepto disponible en: <http://www.unodc.org> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

¹⁶⁰ El art. 24.2.b) es susceptible de consultarse en: <http://www.unodc.org> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

¹⁶¹ Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 171, 19 de julio de 2006.

¹⁶² El artículo 32 la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003 impone a los Estados Parte, la obligación de adoptar medidas encaminadas a salvaguardar la seguridad e integridad de testigos y peritos protegidos, así como a sus familiares, sugiriéndose que su testimonio se realice mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia. Por su parte el art. 46.18 del mismo Convenio, permite para el supuesto de que los testigos y peritos de un Estado miembro deba declarar ante las autoridades judiciales de otro Estado parte, 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 miembro 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. Estos preceptos son susceptibles de consultarse en: <http://www.unodc.org> (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

C) *Unión Europea*

El proyecto que se inició en Europa para evitar nuevos conflictos bélicos, con la firma del Tratado Europeo del Carbón y del Acero y posteriormente con la creación de una Comunidad Económica Europea¹⁶³, ha evolucionado hacia una Europa sin fronteras, en la que nos unen no sólo intereses económicos sino también políticos. Así, en el Tratado de la Unión Europea se establece como uno de los objetivos: “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia”¹⁶⁴. Y es en virtud del Título VI del Tratado de Maastricht por el que se están desarrollando iniciativas en materia de cooperación judicial y policial entre los Estados miembros.

Es por ello por lo que comenzaron a surgir determinados acuerdos de cooperación en materia de seguridad común, como fue la Acción Común 97/154/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños¹⁶⁵, en la que se puede destacar, que si bien no viene preceptuado expresamente el

¹⁶³ Instrumentos de Adhesión al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951 y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 publicados en BOE núm. 1, 1 de enero de 1986.

¹⁶⁴ Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, ratificado por España por Ley Orgánica 3/2001, de 6 de noviembre, BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2001. Versión consolidada del Tratado de la Unión: DOUE C 325, de 24 de diciembre de 2002.

¹⁶⁵ DOUE L 63, de 4 de marzo de 1997.

apartado F.a) del Título II de dicha acción, exige a los Estados miembros adoptar todas aquellas medidas que sean imprescindibles para la protección de testigos cuyas declaraciones sean relevantes, cabiendo por tanto aplicar si fuera lo más oportuno para una situación determinada los medios técnicos necesarios, como pudiera ser una declaración por videoconferencia realizada de tal forma que mantuviera el anonimato de la persona declarante –distorsionando su imagen- quedando también oculto para el acusado el lugar en el que se encuentra.

Estos anhelos de mantener una seguridad común, se vieron culminados con la aprobación del proyecto denominado *Eurojust*, el cual consiste en un nuevo cuerpo de la Unión Europea fundado en 2002 para incrementar la eficacia de las autoridades competentes dentro de sus Estados miembros inmersos en la investigación y persecución de graves delitos transfronterizos o del crimen organizado¹⁶⁶.

Para hacer efectivo este marco de “seguridad y justicia”, se elaboró un instrumento para dotar a los países de la Unión Europea de soluciones modernas y dinámicas: el Convenio Europeo relativo

¹⁶⁶ Más información sobre *Eurojust* disponible en: <http://www.eurojust.europa.eu> (fecha de consulta: 16 de julio de 2014) y en AA.VV., *Nuevas tecnologías de protección de datos personales y proceso penal* (coord.. GUTIÉRREZ ZARZA, A.), ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 131 a 172.

a la Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión¹⁶⁷.

En lo que a nosotros concierne, la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, el art. 10 del citado Convenio regula la audición por videoconferencia. Este precepto dispone que cuando una persona, que se halle en el territorio de un Estado miembro, deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, este último, en caso de que no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio, puede solicitar que la audiencia se realice por videoconferencia en la forma dispuesta en los apartados 2 a 8 del art. 10.

Dicha audición por videoconferencia deberá ser autorizada por el Estado miembro requerido siempre que el uso de la misma no sea contrario a los principios fundamentales de su Derecho nacional y que disponga de medios técnicos para llevar a cabo la audiencia por este medio de telecomunicación, si bien se prevé que cuando el Estado miembro requerido carezca de dichos medios

¹⁶⁷ DOCE C 197, de 12 de julio de 2000, fue publicado también en el BOE núm. 245, de 15 de octubre de 2003, al amparo del art. 27.5 del citado Convenio, para viabilizar su aplicación provisional con aquellos Estados miembros que también hubieran hecho uso de la fórmula del mencionado precepto. El Convenio entró en vigor el 23 de agosto de 2005 y sustituye a la Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre los equipos conjuntos de investigación.

pueda ponerlos a su disposición, previo acuerdo mutuo, el Estado miembro requirente.

El apartado 9 del art. 10 establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan, si lo consideran oportuno, aplicar las disposiciones relativas a la videoconferencia, cuando sea apropiado y con el acuerdo de sus autoridades judiciales competentes, a la audición 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. Sólo podrá procederse a la audición con el consentimiento de la persona acusada.

Además, en virtud de este convenio, si nos hallamos ante el supuesto del art. 16 de la Ley 3/2003 reguladora de la Orden Europea de detención y entrega¹⁶⁸, es decir, toma de declaración o traslado temporal de la persona reclamada, haciendo uso del citado art. 10.9 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal, se podrá acudir al mecanismo de la videoconferencia obviando así todas las dificultades que puede entrañar un eventual traslado del sujeto reclamado.

¹⁶⁸ BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003.

Con todo, la aplicación de este art. 10 del citado Convenio, presenta un problema de interpretación. Su apartado 1º establece como regla general que la asistencia judicial para la práctica de prueba a través de videoconferencia se realizará cuando “no sea oportuno o posible que la persona a la que se deba oír comparezca personalmente en su territorio”. La dificultad hermenéutica deviene a la hora de precisar términos tan vagos como son “oportuno” y “posibilidad”, los cuales dan lugar a un buen número de interpretaciones discrecionales. La solución a este exégesis interpretativa, la podemos hallar en el 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 Europea¹⁶⁹, el cual especifica que «el concepto de “oportuno” podría aplicarse en los casos en los que el testigo sea especialmente joven, de edad muy avanzada o no goce de buena salud, mientras que el concepto de ‘posible’ se aplicaría por ejemplo en los casos en que el testigo corra un grave riesgo si comparece en el Estado miembro requirente».

La ambigüedad con la que se han redactado las disposiciones de este convenio parecen obedecer a una opción legislativa bastante lógica, pues ha de partirse del hecho de que el órgano judicial requirente, el cuál es órgano decisor sobre la pertinencia o no de la declaración a distancia es, precisamente, quien mejor conoce todos

¹⁶⁹ DOCE C 379, de 29 de diciembre de 2000.

los incidentes y cuestiones de fondo del asunto; y es precisamente por ello por lo que cualquier regulación que hubiera consistido en la enumeración de determinadas circunstancias –razones de utilidad, de seguridad, de protección, entre otras- o por determinados delitos –terrorismo, narcotráfico o cualquier otro tipo de criminalidad organizada, conforme se realiza en la legislación italiana-, habría provocado la restricción de las solicitudes de cooperación, en el supuesto de que la causa que motiva la solicitud fuera contraria a la regulación del derecho nacional del Estado requerido¹⁷⁰.

Sin embargo, este criterio elegido por el legislador europeo, el cual parece el más idóneo, presenta un inconveniente, al tratarse de una regulación no acotada a determinados supuestos, concede un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros a la hora de considerar si un determinado testigo o perito por causas de inoportunidad o imposibilidad de comparecencia personal en el lugar en el que se sigue el juicio, puedan prestar sus declaraciones a través de videoconferencia¹⁷¹.

¹⁷⁰ ARNAIZ SERRANO, A., “La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal”, disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/amaya%20arnaiz.pdf (fecha de consulta: 17 de marzo de 2009).

¹⁷¹ Así nos lo hace ver PÉREZ GIL: “La limitación impuesta por el respeto a los ‘principios fundamentales del Derecho’ del Estado requerido no es tampoco un dato baladí, sino que nos habla de que el principio de *favor cooperationis* se halla lógicamente subordinado a las garantías del debido proceso en la interpretación que realice la autoridad judicial de ejecución. Estamos así en

El empleo de la videoconferencia en el marco de la Unión Europea en materia de extradición y entrega judicial de un sujeto sobre el que se haya requerido su búsqueda para la comparecencia judicial, actualmente no se circunscribe únicamente al estricto ámbito comunitario, pues se ha ampliado también a los Estados Unidos de América.

El 20 de septiembre de 2001, justo después de los atentados trágicos del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, el Consejo de Europa, entendió que era necesario reforzar la cooperación entre sus aliados, y muy especialmente con los Estados Unidos de América. De este modo, a partir del 21 de septiembre de 2001, este último país, expresó su voluntad de concluir un acuerdo formal con la Unión Europea en materia de cooperación judicial. Después de una serie de reuniones informales entre los ministros de los diferentes países de la Unión y de EEUU, tanto de interior

presencia de una cláusula de salvaguarda, que nos habla de la existencia de recelos hacia las garantías presentes en otros ordenamientos procesales. Tal margen de apreciación, que se halla sujeto a los parámetros de la proporcionalidad a los que alude el propio Convenio, nos debe hacer tener presente el dato de que las vías de cooperación deberán quedar desactivadas si su utilización supusiera una confrontación con derechos fundamentales de índole procesal. Con ello se abre la puerta a la eventual puesta en tela de juicio de la ejecución de la asistencia, que aun sin suponer la automática devolución de la solicitud de asistencia, sino la obligación de contrastar la información con la autoridad requirente y sugerir los procedimientos que hagan posible la ejecución, puede llegar sin duda a constituir una fuente de dilaciones”. PÉREZ GIL, J., “El convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas”, en *Diario La ley*, núm. 6208, 11 de marzo de 2005, p. 5.

como de justicia –lo que se viene conociendo con las siglas JAI: Justicia y Asuntos de Interior-, el 25 de junio de 2001, con ocasión del encuentro en la cumbre entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, se suscribieron dos acuerdos en materia de cooperación judicial penal: uno relativo a la extradición y otro sobre entrega judicial¹⁷².

Queda claro que con los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, el espacio de libertad y seguridad mundial ha cambiado notoriamente, legislándose al efecto, -tal y como hemos indicado al referirnos al *doppio binario processuale*, pero en este caso la urgencia viene sobrevenida por la Mafia-, mediante una normativa de tipo emergente. Así las cosas, a raíz de estos brutales atentados, se planteó un dilema serio en Estados Unidos: la posibilidad de que un terrorista imputado en dicho país, fuera nacional de otro, por ejemplo, francés, provocando en estos casos que la solicitud para su extradición y enjuiciamiento con los mecanismos tradicionales de entrega podrían dificultar el procesamiento de dicho individuo, pues son muchas las legislaciones, incluida la española, reguladoras de la extradición pasiva, que niegan la entrega de sus nacionales para estos casos.

¹⁷² GENSON, R., “Les accords d’extradition et d’entraide judiciaire signés le 25 juin 2003 à Washington entre l’Union Européenne et les États-Unis d’Amérique: Développements dans la coopération judiciaire transatlantique”, en *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, núm. 470, 2003, p. 427.

En este contexto, se aprobaron los acuerdos de extradición y entrega judicial entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, firmados en Washington el 25 de junio de 2003¹⁷³.

Como no podía ser menos, si lo que se pretendía era una nueva forma de cooperación judicial en materia penal dinámica y eficaz, en el art. 6 de dichos acuerdos, se estableció la posibilidad de utilizar la videoconferencia. De esta forma, en el supuesto de que los Estados signatarios de este convenio no dispongan de este tipo de asistencia, las Partes Contratantes deberán adoptar las medidas necesarias para permitir el uso de esta tecnología entre cada Estado miembro de la Unión Europea y los Estados Unidos de América, para tomar declaración a un testigo o perito que se encuentre en un Estado requerido, en el curso de un procedimiento en el que sea posible prestar asistencia judicial.

Las normas que regularán este procedimiento serán las establecidas con arreglo al tratado de asistencia judicial aplicable que esté en vigor entre los Estados interesados o la legislación del Estado requerido.

En cuanto a los costes del establecimiento y realización de la videoconferencia en estas declaraciones, se hará cargo el Estado Requirente, salvo pacto contrario. El resto –como por ejemplo los derivados de la prestación de asistencia- se sustanciarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tratado de asistencia judicial

¹⁷³ DOUE L 181, de 19 de julio de 2003.

vigente entre los Estados interesados, o, en su ausencia, con arreglo a lo que éstos hayan acordado.

Interesante en este precepto resulta la determinación de la ley aplicable en el supuesto de que en la conducta del testigo o perito que presta declaración por videoconferencia, pudieran observarse indicios de delito de falso testimonio. A estos supuestos se aplicará la normativa del Estado requerido, del mismo modo como si se hubiera cometido tal hecho punible en el transcurso de actuaciones en procedimientos nacionales.

Hay que precisar que este artículo será aplicable sin perjuicio de la utilización de otros medios para obtener la prestación de declaración en el Estado requerido con arreglo a los tratados o legislaciones vigentes. Asimismo, también podrán ser aplicables las disposiciones de los acuerdos bilaterales de asistencia judicial existentes entre los Estados miembros de la Unión Europea y los Estados Unidos de América que exijan o permitan la utilización de la tecnología de videoconferencia con objetivos distintos a los descritos en el apartado 1 del art. 6 de estos acuerdos, en concreto para las siguientes diligencias: identificación de personas u objetos o toma de declaraciones para una investigación. En el supuesto de que las actuaciones que acabamos de mencionar no estuvieran previstas en ningún tratado o ley aplicable, un Estado podrá permitir la utilización de la tecnología de videoconferencia en tales casos.

En el marco de la Unión Europea, ya en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, se establecía la necesidad de elaborar normas mínimas sobre protección de las víctimas de delitos –acceso a la justicia, indemnización de daños y perjuicios financiación de gastos judiciales-.

Las conclusiones alcanzadas en el seno de dicho Consejo se materializaron en la Decisión-Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001¹⁷⁴, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

En esta Decisión-Marco se introdujeron los axiomas del derecho victimario. Así, observamos como su art. 11 obliga, en relación con las víctimas residentes en otro Estado miembro, a las autoridades de cada Estado a recurrir en la mayor medida de lo posible para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las videoconferencias y conferencias telefónicas previstas en los arts. 10 y 11 del Convenio Europeo de 29 de mayo de 2000.

Por su parte, el art. 8.4 de la Decisión mencionada atendiendo al criterio de víctimas vulnerables preceptúa que los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, testificar por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho, sin necesidad de acudir a la audiencia pública, evitando la confrontación con su agresor.

¹⁷⁴ DOUE L 82, de 22 de marzo de 2001.

Dicha Decisión-Marco supuso un notable avance en la medida que los ordenamientos jurídicos estatales introdujeron mejoras en la protección de la víctima de los delitos cuando comparecía ante los Tribunales de Justicia, mejoras, sin embargo, que se mostraban insuficientes de cara a lograr una plena protección de los sujetos pasivos de los delitos.

Por ello, se creó la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, reguladora de las normas mínimas sobre los derechos de las víctimas de delitos¹⁷⁵, con la finalidad de obtener un marco de garantías mínimas y comunes para las víctimas de todos los ordenamientos de los Estados miembros¹⁷⁶. En dicha Directiva se ha mantenido el empleo de la videoconferencia como mecanismo para evitar la confrontación visual de la víctima con su agresor (art. 23.3) y para comparecer a distancia en el caso de que ésta sea residente en un Estado extranjero (art. 17.1.b). Se introduce una novedad y es la comparecencia de un intérprete a través de videoconferencia (art. 7), lo cual es sumamente útil, por cuanto existen pocas personas que dominen a la perfección determinados idiomas que forman de la Unión Europea y que sin embargo

¹⁷⁵ DOUE L 315, de 14 de noviembre de 2012.

¹⁷⁶ Sobre el Estatuto de la Víctima en la Unión Europea, consúltese a MOLINA CABALLERO, M.J., “Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos”, en AA.VV., *Nueve estudios para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* (coord. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 243-287.

residan en un zona alejada del lugar en el que se va a celebrar las correspondientes declaraciones de los testigos, víctimas o acusados.

Por su parte, es dable destacar que el Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 (hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001)¹⁷⁷, prevé en su artículo 9 el uso de la videoconferencia, siendo prácticamente coincidente con el precepto homólogo que hemos estudiado del Convenio 2000 de la Unión Europea, teniendo su razón de ser en el anhelo de conciliación entre ambos instrumentos.

Por último, se debe tener presente el paso que ha supuesto la 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 de cara la definitiva implementación de la videoconferencia en los Juzgados y Tribunales del orden penal de los Estados Miembros de la Unión Europea¹⁷⁸. La orden europea de investigación penal, nace con la vocación de facilitar la cooperación judicial entre los diferentes estados de la Unión a fin de obtener las correspondientes pruebas en los procesos penales transfronterizos. Esta Directiva, en virtud de su art. 34, debe sustituir a partir del 22 de mayo de 2017 a las disposiciones

¹⁷⁷ Consejo de Europa, Serie de Tratados Europeos núm. 182. Disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/FR/Treaties/Html/182.htm> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

¹⁷⁸ DOUE L 130, de 1 de mayo de 2014.

correspondientes de los convenios aplicables a las relaciones entre los Estados miembros vinculados por la Directiva que hemos visto anteriormente, a saber, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del Consejo de Europa, de 20 de abril de 1959, así como sus dos protocolos adicionales y los acuerdos bilaterales celebrados con arreglo a su art. 26; el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen; el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los EM de la UE y su Protocolo (Decisión), la Decisión Marco 2008/978/JAI y la Decisión Marco 2003/577/JAI.

Dentro del marco de esta cooperación judicial para la obtención de pruebas se prevé expresamente en el art. 24 de la citada Directiva 2014/41/CE la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual de los detenidos, testigos y peritos. Así, cuando una persona se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y deba ser oída como testigo o perito por las autoridades competentes del Estado de emisión, la autoridad de emisión podrá emitir una Orden Europea de Investigación para que la comparecencia del testigo o del perito se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, sin más limitación que las propias de cualquier solicitud de diligencia probatoria por exhorto, como son básicamente que se realice por autoridad competente y que se

justifique la necesidad de la práctica de esta concreta diligencia de prueba.

La autoridad de emisión podrá también emitir una Orden Europea de Investigación a efectos de que un investigado o acusado sean oídos por videoconferencia u otro medio de transmisión audiovisual. Sin embargo, en este concreto caso sí se establecen unas limitaciones específicas: a) que el investigado o el acusado no dé su consentimiento, o b) que la ejecución de dicha medida de investigación en un caso concreto sea contraria a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución.

En cuanto a la forma de realizar la práctica de estas comparecencias virtuales, la Directiva deja absoluta libertad a las autoridades de emisión y de ejecución para que se pongan de acuerdo en la forma de llevar a término las mismas, si bien, en todo caso, la autoridad de ejecución se tendrá que encargar de notificar dicha comparecencia al testigo o al perito de que se trate, indicando el momento y el lugar de la comparecencia, citar a las personas investigadas o acusadas para que asistan a la comparecencia conforme a las normas específicas que establezca el Derecho del Estado de ejecución, e informarles de sus derechos con arreglo al Derecho del Estado de emisión, con tiempo suficiente para que puedan acogerse efectivamente a las garantías procesales y asegurarse de la identidad de la persona que deba ser oída.

Por su parte, la comparecencia por videoconferencia se deberá regir por una serie de normas a fin de garantizar los derechos de los acusados y por velar de que efectivamente la persona que comparece, lo hace en tiempo real y se trata del testigo, perito o acusado cuya declaración interesaba al órgano que solicitaba la práctica de esta diligencia. Así:

- a. Durante la declaración estará presente un representante de la autoridad competente del Estado de ejecución, asistida por un intérprete cuando sea necesario, y dicha autoridad se encargará asimismo de identificar a la persona que deba declarar, así como de velar por el respeto de los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución. Cuando la autoridad de ejecución considere que durante la comparecencia se están infringiendo principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución, adoptará inmediatamente las medidas necesarias para garantizar la continuación de la comparecencia de conformidad con los citados principios.
- b. Las autoridades competentes del Estado de emisión y de ejecución convendrán, cuando sea necesario, en la adopción de medidas para la protección de la persona que deba ser oída.

- c. La comparecencia será efectuada directamente ante la autoridad competente del Estado de emisión o bajo su dirección, con arreglo a su Derecho interno.
- d. A solicitud del Estado de emisión o de la persona que deba ser oída, el Estado de ejecución se encargará de que ésta sea asistida por un intérprete, si resultase necesario.
- e. Se informará a los investigados o acusados con antelación a la comparecencia de los derechos procesales que les asistan, incluido el derecho a no declarar, al amparo de el Derecho del Estado de ejecución y del Estado de emisión. Los testigos y peritos podrán alegar el derecho a no declarar que les asista al amparo del Derecho, ya sea del Estado de ejecución o de emisión y serán informados de este derecho con antelación a la comparecencia.

Sin perjuicio de las medidas acordadas para la protección de las personas, finalizada la declaración, la autoridad de ejecución levantará acta de la misma, en que se indicarán la fecha y lugar de la comparecencia, la identidad de la persona oída, la identidad y funciones de cualesquiera otras personas del Estado de ejecución que hayan participado en la comparecencia, el juramento formulado y las condiciones técnicas en las que se haya llevado a cabo la audiencia. La autoridad de ejecución transmitirá el documento a la autoridad de emisión.

Esta Directiva debe ser transpuesta por los Estados miembros a lo más tardar el 22 de mayo de 2017 (art. 36), lo que implica que necesariamente se deberá realizar un desembolso económico a este respecto para adecuar las instalaciones de los Juzgados y Tribunales de los órdenes penales a fin de cumplir con lo dispuesto en el citado artículo 24, es decir, esta Directiva implicará necesariamente que nuestros órganos jurisdiccionales del orden penal deberán contar todos ellos con el sistema de videoconferencia, lo que evidentemente contribuirá a potenciar su empleo en los litigios nacionales.

En conclusión, la utilización de la videoconferencia en el ámbito de la Unión Europea es un instrumento muy importante para el desarrollo de las actuaciones judiciales entre los diferentes Estados miembros, y con toda probabilidad se ampliará su uso no sólo a los aspectos aquí expuestos¹⁷⁹.

2. DERECHO COMPARADO INTERNO

Un análisis de la regulación de una determinada institución en el ordenamiento jurídico de otros países es realmente importante en

¹⁷⁹ Esta idea de que las nuevas tecnologías deben jugar un papel ciertamente trascendental en el ámbito judicial comunitario es corroborada por las “Instrucciones prácticas a las partes” elaboradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. DOUE de 31 de enero de 2014, pp. 1 a 13.

una investigación, ya que permite llegar a conocer tanto las diferencias como las similitudes de esa figura jurídica en estudio, pudiendo obtener una mejor visión de conjunto sobre los antecedentes de esa institución, así como comprender cuál es su impacto general en un mundo absolutamente globalizado, así como adquirir un mayor conocimiento de su funcionamiento.

Esto es lo que vamos a hacer en este apartado, dedicando el grueso del estudio del derecho comparado a la utilización de la videoconferencia en el proceso penal estadounidense e italiano, motivada esta decisión básicamente, como ya hemos tenido oportunidad de explicar *ut supra*, porque la implementación de la videoconferencia en el proceso penal se inicia en Estados Unidos con la declaración a distancia de los acusados y víctimas menores de edad, y posteriormente es desarrollada muy pormenorizadamente en Italia. Añadiendo además, que este último país será el que influirá muy decisivamente en la regulación de medios audiovisuales en los códigos procesales penales europeos.

A) *Regulación de la videoconferencia en los Estados Unidos de Norteamérica*

Hemos expuesto reiteradamente que el origen del empleo de la videoconferencia en un proceso penal hay que ubicarlo en los Estados Unidos de Norteamérica, hallándose actualmente regulado

dicho uso básicamente en la norma 5 (f) de las *Federal rules of Criminal Procedure* (Normativa federal de derecho procesal penal), en la *Child victims' and child witnesses' rights* (derechos de las víctimas y de los testigos menores) y en el art. 1997e(f) del Código de Estados Unidos, en la redacción dada por la *Prison Litigation Reform Act* de 1995. También es dable destacar, que existen muchos Estados que autorizan a sus tribunales a utilizar la videoconferencia en los procedimientos de los que se sustancian ante ellos, cuando el acusado se halla encarcelado¹⁸⁰.

Esta cobertura legal se auspició con el fallo judicial del caso *Craig*, por el cual se autorizó a que un niño menor de edad, víctima de un delito de abuso sexual, testificara por un circuito cerrado de televisión unidireccional. Ante este hecho, el Congreso reaccionó

¹⁸⁰ En un informe de 1998, publicado en *The Third Branch* (el Boletín de noticias de los Tribunales federales de Estados Unidos de Norteamérica), titulado “Videoconferencing Links Federal Courts and Public”, nos detalla ya cuáles son los Tribunales de Distrito que utilizan la videoconferencia: Arizona, Distrito Este de Arkansas, Colorado, Distrito medio la Florida, Distrito central Illinois, Distrito meridional Illinois, Distrito norteño Indiana, Distrito meridional Indiana, Distrito meridional Iowa, Distrito del este Luisiana, Distrito medio Luisiana, Distrito norteño Mississippi, Distrito occidental Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, Distrito norteño Nueva York, Distrito del este Tejas, Distrito norteño Tejas, Distrito meridional Tejas, Distrito occidental Tejas, y Distrito occidental Virginia. Vid. “Videoconferencing Links Federal Courts and Public”, en *The Third Branch*, junio 1998, disponible en: http://www.uscourts.gov/news/TheThirdBranch/98-06-01/Videoconferencing_Links_Federal_Courts_and_Public.aspx (fecha de consulta: 27 de septiembre de 2014).

promulgando la *Child victims' and child witnesses' rights*¹⁸¹. Esta ley parlamentaria codificó el fallo del tribunal, permitiendo esencialmente a los niños-testigos la posibilidad de declarar por televisión en circuito cerrado de doble sentido, o por las deposiciones grabadas en video¹⁸². Posteriormente, en lo referente a la participación a distancia del acusado, el art. 5 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, fue modificado para permitir el uso de la videoconferencia en determinados supuestos en la vista incoatoria¹⁸³.

También es digno de destacarse la existencia de un gran número de Estados federales que autorizan a sus tribunales el uso

¹⁸¹ *The Child Victims' and Child Witnesses' Rights (CVCWR) act* regula la declaración de menores a través de un circuito cerrado de televisión bidireccional en los siguientes casos: cuando se siga un procedimiento por un presunto delito contra un menor, cuando se estime por el tribunal que el menor resulta incapaz para declarar de acuerdo con los cánones de la intermediación y la oralidad en presencia del acusado. Esta declaración deberá ser retransmitida en la Sala de Vistas y se ha de dotar al acusado de un sistema de comunicación privado y en tiempo real que le permita permanecer comunicado con su abogado durante la prestación del testimonio. Por otro lado, la declaración del niño podrá ser grabada y conservada en una cinta de vídeo a petición de una de las partes. La *Child victims' and child witnesses' rights* puede consultarse en: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/18/3509.html> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

¹⁸² ROTH, M., "Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and adversarial truth", en *UCLA Law Review*, núm. 48, 2000, p. 194, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de agosto de 2007).

¹⁸³ El art. 5(f) de las *Federal Rules of Criminal Procedure* dispone: "La videoconferencia puede ser utilizada para llevar a efecto una comparecencia de acuerdo con esta norma si el acusado consiente", disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 28 de junio de 2014).

en los procesos penales del sistema de comunicación de la imagen y el sonido cuando el acusado se halla encarcelado¹⁸⁴. A ello responde precisamente la implantación en determinados Estados de redes de intercomunicación entre sus tribunales a través de técnicas audiovisuales, como es el caso del Estado de Pensilvania con el proyecto “*Courtroom of the Future*” o el Estado de Nueva Jersey¹⁸⁵.

Otros Estados, permiten el empleo de la videoconferencia pero con ciertas limitaciones a fin de no vulnerar el derecho del acusado a confrontarse visualmente con el testigo de cargo, como es el caso de Idaho, Michigan o New Hampshire¹⁸⁶.

¹⁸⁴ BOWEN POULIN, A., “Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant”, en *Tulane Law Review*, núm. 78, 2004, p. 1103, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://www.heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de agosto de 2007).

¹⁸⁵ La información sobre el proyecto “*Courtroom of the Future*” <https://www.paed.uscourts.gov/us01014.asp> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014). Por su parte los servicios puestos a disposición de los tribunales de Nueva Jersey relativos al empleo de la videoconferencia en procedimientos judiciales son susceptibles de consultarse en: <http://www.avaya.com/gcm/master-usa/en-us/corporate/pressroom/pressreleases/2000/pr-000417.htm> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

¹⁸⁶ WEBER, F.A., “Complying with the confrontation clause in the twenty-first century: guidance for courts and legislatures considering videoconference-testimony provisions”, en *Temple Law Review*, otoño 2013, p. 149 a 178, disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2014).

- a) Introducción: *the confrontation clause* y su relación con la declaración de testigos a través de videoconferencia

Pese a la cobertura legal del empleo de la videoconferencia en las actuaciones judiciales –recordemos brevemente: testigos y peritos protegidos, testigos y peritos enfermos, niños víctimas menores de edad y acusados encarcelados, bien preventivamente, bien como reos de delitos-, existe un gran debate tanto doctrinal como jurisprudencial en lo que concierne a su posible inconstitucionalidad por contrariar lo dispuesto en la Sexta Enmienda de la Carta Magna de Estados Unidos.

Dicha enmienda constitucional establece lo siguiente: “En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio público y sin dilaciones, por un Jurado imparcial del Estado y del distrito en el que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; del derecho al careo con los testigos contrarios a él; a la comparecencia obligatoria de los testigos favorables y disponer de asistencia letrada para su defensa”¹⁸⁷. La posible inconstitucionalidad viene referida al derecho de careo que posee el acusado con los testigos que declaren en su contra –la llamada “cláusula de confrontación”-, si

¹⁸⁷ Disponible en: <http://www.gpoaccess.gov/constitution/pdf2002/007.pdf> (fecha de consulta: 24 de agosto de 2008).

se parte que para que se cumpla el mencionado derecho constitucional el testigo debe estar presente físicamente junto al acusado.

Tradicionalmente la Corte Suprema de Estados Unidos entendió que el careo debía realizarse en persona¹⁸⁸, sin embargo, con el tiempo, los tribunales han creado varias excepciones a la exigencia de confrontación en persona en la Sala de Vistas¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Por ejemplo en *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 63 (1980), la Corte Suprema entiende que si la cláusula de confrontación es leída en un sentido literal, esto requeriría “la exclusión de cualquier testimonio realizado por un declarante no presente en el juicio”. Disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2013), o en la histórica sentencia también de la Corte Suprema *Mattox v. U.S.*, 156 U.S. 237, 15 S.Ct. 337 (1895), se considera contraria a la VI Enmienda la declaración testifical de referencia por cuanto el verdadero testigo no se confrontaría con el acusado. En la misma línea de interpretación se encuentran la siguientes sentencias: *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74, 91 S.Ct. 210, 27 L.Ed.2d 213 (1970), *Delaware v. Van Arsdall*, 475 U.S. 673, 106 S.Ct. 1431, 89 L.Ed.2d 674 (1986), *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308, 94 S.Ct. 1105, 39 L.Ed.2d 347 (1974), *Delaware v. Fensterer*, 474 U.S. 15, 18-19, 106 S.Ct. 292, 294, 88 L.Ed.2d 15 (1985), *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012, 108 S.Ct. 2798 (1998), En el asunto *Coy v. Iowa*, se explica de forma muy literaria el significado que se debe otorgar a la cláusula de confrontación citando un diálogo de una obra teatral histórica de Shakespeare, Ricardo II: “Entonces llámeles a nuestra presencia cara a cara, y frunciendo el ceño frente a frente, nosotros mismos oiremos al acusador y al acusado hablar libremente”. Sentencias consultadas en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 24 de agosto de 2008).

¹⁸⁹ OLSON, C.L., “Accusations from abroad: testimony of unavailable witnesses via live two-way videoconferencing does not violate the confrontation clause of the Sixth Amendment”, en *U.C. Davis Law Review*, vol. 41, Abril 2008, p. 1.678. Esta nueva línea de interpretación de la Corte Suprema vendría a argumentar que la Cláusula de Confrontación no se vería vulnerada en el supuesto de que el testigo que habría de confrontarse con el acusado estuviera indisponible y en consecuencia sus manifestaciones deberían realizarse extrajudicialmente, pero siempre y cuando esta indisponibilidad estuviera expresamente contemplada en las normas sobre *Hearsay Evidence* (testimonios

Las normas sobre prueba estadounidense se encuentran reguladas en las *Federal Rules of Evidence*. Se trata de un compendio de todas las reglas de derecho probatorio concernientes a los procesos federales, con la peculiaridad de ser un texto legal aplicable tanto al procedimiento civil como al penal.¹⁹⁰

En las *Federal Rules of Evidence*, existen una serie de excepciones a la prestación del testimonio en persona en la Sala en la que se está llevando a cabo el juicio decisorio. Advirtiendo en este caso, que en contra de la caracterización propia de la cultura jurídica anglosajona, cuyo modelo jurídico difiere notablemente del sistema continental, por tratarse de ordenamientos que nunca se han distinguido precisamente por ser minuciosos y metódicos, en los que reina el caos¹⁹¹, las Reglas Federales sobre Prueba sí definen con absoluta claridad las excepciones al testimonio directo, entendiendo tales excepciones como una declaración extrajudicial que el defensor oferta para demostrar la verdad de dicha declaración¹⁹².

de referencia). Esta sería la doctrina recogida en *California v. Green*, 339 U.S. 149 (1969), *White v. Illinois*, 112 S. Ct. 736, *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980) o *Maryland v. Craig*, 110 S. Ct. 3157 (1990), todas ellas disponibles en la Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2009).

¹⁹⁰ VELAYOS MARTÍNEZ, M.I., *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 259.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁹² Cfr. arts. 804 y 807 de las Normas Federales sobre prueba (*Federal Rules of Evidence*). En el primer precepto se establecen las excepciones a la declaración

Este sería el caso de la norma 804(b)(1) de las *Federal Rules of Evidence*, que permite en determinadas situaciones la transcripción escrita de una declaración testifical para ser leída posteriormente al Jurado¹⁹³.

Como conclusión inmediata, podríamos decir que la utilización de la videoconferencia salvaría las posibles dudas que pudieran surgir acerca de la constitucionalidad de este tipo de declaraciones indirectas, en las que el testigo por hallarse en situación de indisponibilidad no puede comparecer en el acto del juicio.

Habida cuenta que el principal obstáculo constitucional que se plantea es el derecho de confrontación del acusado con los testigos de cargo, esta confrontación podría perfectamente darse de manera virtual en estos supuestos excepcionales a través de una comunicación audiovisual bidireccional entre el lugar en el que se encuentre el testigo y la Sala en la que se halla el acusado en la que se está desarrollando las sesiones del juicio decisorio. Pese a esta

testifical de referencia y se aclaran las situaciones en las que un testigo se encuentra indisponible. Por su parte, en el art. 807 establece los supuestos en los que no se excluirá una declaración de acuerdo con la regla de excepción al testimonio de referencia siempre y cuando dicha testifical no se encuentre entre los supuestos de indisponibilidad del art. 804 y presente garantías indiciarias de fiabilidad. Preceptos disponibles en base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

¹⁹³ Así por ejemplo en el asunto *Mancusi v. Stubbs*, 408 U.S. 204, 213-16 (1972), el Tribunal Supremo de Estados Unidos entendió que la lectura de la transcripción de una declaración de un juicio anterior al Jurado en el segundo proceso era admisible. Sentencia disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

posible solución práctica efectiva, y pese a la sentencia del caso *Craig*, la jurisprudencia de Estados Unidos no ha sido unánime en torno a este criterio, como comprobaremos a continuación.

b) Jurisprudencia destacada: *Craig, Crawford, Gigante y Yates*

Ya hemos adelantado, que la constitucionalidad del empleo de la videoconferencia en el proceso penal no es una cuestión pacífica en la doctrina de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Hemos visto como su criterio tradicional ha sido interpretar que la cláusula de confrontación implica presencia física en la Sala de Vistas y que a raíz de la sentencia *Craig*, existe un cambio de parecer. En este asunto, la Corte Suprema estableció una serie de reglas para discernir cuáles son las situaciones en las que el careo en persona no es necesario.

La primera excepción a la presencia física, viene referida a la justificación de la no asistencia en persona a la confrontación cara a cara del testigo de cargo con el acusado, cuando esa no asistencia sea necesaria para impulsar una política pública esencial, como es la de proteger el interés de la víctima menor de edad, la cual se

halla especialmente vulnerable si se confronta visualmente con su presunto agresor¹⁹⁴.

El segundo criterio que se debe observar, en aras a que la no presencia física en la audiencia no vulnere “la cláusula de confrontación”, es la presunción de confiabilidad en el testimonio que se vaya a prestar¹⁹⁵.

Recordemos brevemente que en este asunto, la declaración del niño menor de edad se realizaba a través del sistema de videoconferencia, pero no mediante una comunicación bidireccional sino unidireccional, es decir, desde la Sala del Tribunal, todos los que se hallaban presentes en la misma podían ver y escuchar el testimonio de la víctima, pero el menor ofendido por el delito, no visionaba a ninguna persona, todo ello con la finalidad desvictimizadora de prevención de la víctima de un

¹⁹⁴ Vid. *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 837 (1990), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

¹⁹⁵ Vid. *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 837, 838 (1990), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008). Esta es precisamente, como veremos más adelante en el tercer capítulo, la misma exigencia que realiza reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, en los supuestos de que la declaración de un testigo sea la única prueba suficiente para condenar al acusado, en concreto lo que el Alto Tribunal viene calificando como “ausencia de incredibilidad subjetiva”, por todas se puede ver la STS núm. 197/2005, de 15 de febrero (BDA RJ 2005\3255). No es de extrañar esta coincidencia conceptual de ambos tribunales, pues en España esta única prueba incriminatoria válida para dictar sentencia de condena, se dará con mucha asiduidad en los procesos por abusos sexuales contra niños, siendo en la mayoría de estos casos, la declaración del testigo-víctima menor de edad la única prueba habida para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

posible trauma emocional al confrontarse visualmente con su agresor.

La novedad de este caso, no es tanto la declaración unidireccional por videoconferencia, dado que este supuesto ha sido admitido en aquellos casos en los que el testigo no pudiera asistir a la Sala del Tribunal, es decir “testigos indisponibles”, sino en el hecho de que el testigo sí podía acudir al careo en persona, por hallarse “disponible”, pero se admite su participación a distancia de forma virtual, sin considerar que se vulnera la Sexta Enmienda, por entender que en estos supuestos de protección a la víctima de un delito, no se ha de ser tan rigurosos con la expresión mencionada en dicha enmienda constitucional, equiparándose presencia física a virtual. La única inconstitucionalidad que se produciría, sería la de la no declaración de la víctima, pero no la exigencia de su presencia física en la Sala de Vistas.

En el análisis de los criterios que impuso la Corte Suprema para otorgar validez al testimonio así prestado, la declaración del menor en el caso *Craig* cumplía todas estas exigencias, al tratarse por un lado de una cuestión de interés público y social, por cuanto la víctima era un niño menor de edad, sujeto pasivo de un delito de abusos sexuales, y que por tanto necesitaba de una protección especial de los poderes públicos, y por otro, el testimonio que se iba a prestar por el menor gozaba de una presunción de veracidad, al prestarse declaración bajo juramento, sujeta a contradicción,

pues la parte acusada iba a gozar del oportuno contrainterrogatorio, y el jurado a través del monitor ubicado en la Sala del Tribunal podía observar en todo momento el comportamiento del niño mientras prestaba su declaración (*demeanor evidence*)¹⁹⁶.

Como consecuencia final, la Corte Suprema de Estados Unidos sentenció que el testimonio del niño era válido y admisible a pesar de que el acusado nunca se careó con el mismo en persona en la Audiencia¹⁹⁷.

Este pronunciamiento de la Corte Suprema en torno a la utilización de la videoconferencia en el proceso penal estadounidense, es de una grandísima importancia, porque es el único en el que el Alto Tribunal entendió que no se vulneraba la cláusula de confrontación recogida en la Sexta Enmienda, siendo el único fallo existente del Tribunal Supremo sobre la validez en el empleo de circuitos cerrados de televisión bidireccionales en un procedimiento criminal¹⁹⁸.

OLSON cita otra resolución en este sentido, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos en el

¹⁹⁶ OLSON, C.L., “Accusations from abroad: testimony of unavailable witnesses via live two-way videoconferencing does not violate the confrontation clause of the Sixth Amendment”..., cit., p. 1684.

¹⁹⁷ Vid. *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 857 (1990), disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

¹⁹⁸ OLSON, C.L., “Accusations from abroad: testimony of unavailable witnesses via live two-way videoconferencing does not violate the confrontation clause of the Sixth Amendment”..., cit., p. 1685.

asunto *Crawford v. Washington*¹⁹⁹, entendiendo que la Corte Suprema de Estados Unidos en dicho fallo estimaría que la declaración por videoconferencia de un testigo, nunca podría tener lugar. No obstante, y manteniendo la práctica totalidad de argumentos de la citada autora, no se puede llegar nunca a esa conclusión con la doctrina derivada del caso *Crawford*, por las razones que a continuación pasamos a exponer²⁰⁰.

El centro de debate en el caso *Crawford* lo constituía la admisibilidad o no, de una declaración efectuada por la cónyuge del acusado. La citada esposa, en el interrogatorio efectuado por la policía, señaló a su marido como el autor del homicidio por el que se le estaba investigando. Esta declaración fue grabada, y constituía una prueba de cargo que desmontaba por completo la estrategia seguida por la defensa²⁰¹. En el acto del juicio, no compareció y decidió aportarse como prueba de cargo la grabación del testimonio. Esta grabación fue admitida como prueba válida, y equivalente a declaración testimonial –es decir, como si se hiciera

¹⁹⁹ Asunto *Crawford v. Washington*, 124 S.Ct. 1354 (2004), sentencia disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²⁰⁰ Sobre el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el caso *Crawford* y su posible incidencia en la declaración a distancia por videoconferencia, vid. OLSON, C.L., “Accusations from abroad: testimony of unavailable witnesses via live two-way videoconferencing does not violate the confrontation clause of the Sixth Amendment”..., cit., pp. 1681-1682.

²⁰¹ Esta estrategia consistía en justificar el homicidio como legítima defensa, calificándose en consecuencia como un supuesto de inimputabilidad.

físicamente en la Sala del Tribunal-. Pero al no haber existido posibilidad de conainterrogación, se recurrió por la defensa, y el Tribunal Supremo no admitió la declaración por estimar que era contraria a la Cláusula de Confrontación contenida en la Sexta Enmienda²⁰².

La nueva interpretación exige determinar si la declaración anterior es “testimonial” o, si por el contrario, resulta “no testimonial”²⁰³. En el supuesto de que sea testimonial, el Tribunal Supremo entiende que la Sexta Enmienda prohíbe su admisibilidad a no ser que el declarante no esté disponible, y que el acusado haya disfrutado de una oportunidad previa de conainterrogar al mismo²⁰⁴.

En el caso *Crawford*, el Tribunal Supremo concluyó que la declaración prestada ante la policía de la esposa del imputado era

²⁰² Con este fallo la Corte Suprema de Estados Unidos estableció una nueva doctrina en cuanto al significado de la cláusula de confrontación, dejando atrás la que hasta el momento era el modelo a seguir: los criterios establecidos en *Ohio v. Roberts*. La doctrina basada en *Ohio vs. Roberts*, se podía resumir básicamente en la admisión de declaraciones prestadas fuera del tribunal en determinados supuestos: que el declarante no se hallara disponible; que existiera posibilidad de práctica de prueba testifical de referencia; y que las declaraciones que se iban a prestar estuvieran impregnadas de un halo de presunción de veracidad. *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 100 S.Ct. 2531, 65 L.Ed.2d 597, disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²⁰³ La diferencia entre la declaración testimonial y la no testimonial, versa en cuanto a la prestación de juramento o no respectivamente.

²⁰⁴ Vid. *Crawford v. Washington*, 124 S.Ct. 54 y 55 (2004), disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

de carácter testimonial y, al no haberse trasladado al imputado la posibilidad de realizar una conainterrogación, dicha deposición contrariaba la Sexta Enmienda, y en consecuencia no se podía admitir bajo ningún concepto²⁰⁵. Doctrina confirmada posteriormente en *Melendez-Diaz v. Massachussets*²⁰⁶.

Esta situación no es susceptible de equipararse a una declaración en tiempo real por videoconferencia en el acto de juicio oral, sólo por el hecho de que en el caso *Crawford* se utilizara una moderna tecnología como era la grabación de un testimonio prestado ante las autoridades policiales. En este asunto realmente estamos ante un supuesto de prueba anticipada, estableciendo la Corte Suprema una serie de requisitos para preconstituir esa prueba como tal en el acto de juicio oral sin que por ello se vulnere el derecho de confrontación del acusado establecido en la Sexta Enmienda. Criterio que sigue manteniendo a día de hoy por la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁰⁷.

En el análisis jurisprudencial acerca de la validez en el empleo de la videoconferencia como medio de auxilio para la práctica de prueba, hemos apreciado en *Craig*, su utilización unidireccional,

²⁰⁵ Vid. *Crawford v. Washington*, 124 S.Ct. 74-76 (2004), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²⁰⁶ Vid. *Melendez-Diaz v. Massachussets*, 557 US 305 (2009), disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 13 de marzo de 2014).

²⁰⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La cláusula de confrontación en el proceso penal*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2.013, pp. 206-211.

como finalidad victimizadora, pero en cuanto a su empleo bidireccional, la Corte Suprema de Estados Unidos, no se ha pronunciado al respecto, aunque cabe destacar dos sentencias de circuitos federales de apelación, que se pronuncian en los dos sentidos posibles, el de su constitucionalidad y el de su inadmisibilidad. Estas dos sentencias son respectivamente *United States v. Gigante* y *United States v. Yates*²⁰⁸. Señalando que en el supuesto de *Gigante*, el recurso de amparo (*writ of certiorari*) fue denegado²⁰⁹.

En *Gigante*, el segundo circuito de apelaciones entendió que el testimonio realizado en un circuito cerrado de televisión de doble sentido no infringía la Cláusula de Confrontación, y en consecuencia no invalidaba la decisión adoptada por el tribunal que

²⁰⁸ Ambos fallos se pueden consultar en la Base de datos Westlaw International, en concreto *United States v. Gigante*, 166 F.3d 75 (2d Cir. 1999) se halla disponible en: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²⁰⁹ *Certiorari* denegado, 120 S.Ct. 931 (2000), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008). El *writ of certiorari*, es el recurso de amparo constitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, ostentado la competencia para su resolución el Tribunal Supremo. De este modo existen dos formas de revisión sentencias de las que conoce la Corte Suprema: la revisión mediante auto de amparo –*review on a writ of certiorari*- y la revisión a través de recurso directo –*direct appeal*-. La diferencia entre ambos recursos estriba esencialmente en que el auto de amparo es una prerrogativa que ostenta el Tribunal Supremo a la hora de conocer un asunto y el recurso de apelación obliga al mismo a revisar el fallo de un Tribunal inferior, en los supuestos en los que la ley autorice al recurrente.

conoció en primera instancia el cual autorizó la declaración a distancia del testigo Savino²¹⁰.

Las circunstancias excepcionales que rodeaban este supuesto venían determinadas por razones de salud y de seguridad. Peter Savino era un antiguo miembro de la familia criminal mafiosa *Genovese*, y su testimonio era crucial para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, entre ellos, el jefe de la familia Vincent Gigante, enjuiciados por un entramado de corrupción relacionado con la adjudicación para la instalación de ventanas a viviendas de protección oficial a empresas del entorno de ese clan mafioso en la ciudad de Nueva York. Savino era colaborador del gobierno, y por ello formaba parte del Programa Federal de Protección de Testigos. A todo ello se debía añadir que, en el momento en el que se iba a celebrar el juicio en 1997, Savino se encontraba en la fase final de un cáncer irreversible, el cual era completamente inoperable, y que requería de una supervisión médica continua, la cual por motivos de seguridad se realizaba en una ubicación sin revelar²¹¹. Por ello, la fiscalía solicitó al Tribunal del Distrito, cuyo titular era el juez Weinstein, que se permitiera a

²¹⁰ *United States v. Gigante*, 166 F.3d 75, p. 78, disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²¹¹ Información disponible en FRIED, J.P., “Peter Savino mafia associate became turncoat”, en *The New York Times*, 2 de noviembre de 1997, disponible en Base de Datos Factiva: <http://global.factiva.com/ha/default.aspx> (fecha de consulta: 9 de marzo de 2009).

Savino declarar por circuito cerrado de televisión debido a su estado de debilidad causado por su enfermedad concomitante.

El juez Weinstein, oídas todas las declaraciones facultativas, entendió que el testigo no podía comparecer en la Sala de audiencias. Las razones que condujeron al Tribunal de distrito a adoptar esta forma de deposición fueron principalmente que el testigo era un antiguo miembro de la Mafia, incluido en el Programa Federal de Protección de Testigos, amén de que padecía una enfermedad cancerígena que provocaba que su asistencia al juicio fuera del todo inviable²¹². Esta decisión por el hecho de afectar a un derecho fundamental estadounidense que ostentaba la parte pasiva del proceso (el derecho de confrontación), debía estar suficientemente motivada, y por ende, tener algún soporte legal, por ello basó su resolución sobre las facultades inherentes (*inherent power*) que le otorgan las normas 2 y 57 (b) de las *Federal Rules of Criminal Procedure*²¹³, para estructurar un juicio criminal de una forma justa²¹⁴.

²¹² *United States v. Gigante*, 166 F.3d 75 (2d Cir. 1999), pp. 78-79, disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²¹³ Las normas 52 y 57 (b) otorgan al juez facultades de interpretación de las normas federales de procedimiento criminal y de práctica de prueba respectivamente. De este modo, han de ser interpretadas para fijar el procedimiento criminal adecuado, asegurar la simplicidad del procedimiento y eliminar costes y retrasos injustificados; a su vez el juez podrá acordar la realización de la práctica de prueba de cualquier forma compatible con la ley federal, con las normas federales de procedimiento criminal y de las normas

Gigante apeló la decisión del Juez Weinstein, siendo su argumento fundamental que su derecho a enfrentarse a los testigos de cargo cara a cara establecido en la Sexta Enmienda se había vulnerado, al no haberse realizado tal confrontación en la misma Sala. El Segundo circuito estimó que esta decisión no podía ser reprobada, desde el momento en el que se basaba en las pruebas que constaban en el acta y no se desprendía bajo ningún concepto que fuera errónea dicha resolución²¹⁵.

A juicio del Segundo circuito, el modo de actuar del Juez Weinstein venía avalado realmente porque se pudo realizar una prueba anticipada y preconstituirla, pues así venía establecido en la norma 15 de las *Federal Rules of Criminal Procedure* en relación con la norma 804 (normas federales sobre prueba) citadas ambas con anterioridad, dado el estado de salud del testigo de cargo principal, y sin embargo optó por su comparecencia en juicio a distancia a través de videoconferencia.

En consecuencia, este Tribunal sentenció que la prestación del testimonio de Savino a través de un circuito cerrado de televisión, permitió una mayor protección de los derechos de confrontación

locales del distrito. Disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

²¹⁴ *United States v. Gigante*, 971 F.Supp. pp. 758-759 (E.D.N.Y. 1997), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

²¹⁵ *United States v. Gigante*, 971 F.Supp., pp. 755-757 (E.D.N.Y.1997), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> 0 (fecha de consulta: 3 de septiembre de 2008).

que ostentaba *Gigante* de la que le hubiera permitido una deposición anticipada en virtud de la norma 15 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*.

En el polo opuesto a *Gigante*, nos encontramos con el fallo del undécimo circuito en el asunto *United States of America v. Yates*²¹⁶, en el que se sentenció que la participación a través de videoconferencia desde Australia de dos testigos de cargo, contrariaba la Cláusula de confrontación recogida en la Sexta Enmienda, y por ello, ordenó que se repitiera de nuevo el juicio por vulneración de un derecho constitucional. Anton Puztai y Anita Yates, fueron enjuiciados en el Distrito Medio de Alabama por fraude por correo, conspiración (*conspiracy*) para defraudar a los Estados Unidos, conspiración (*conspiracy*) para acometer blanqueo de dinero²¹⁷, y por varios delitos de prescripción de recetas

²¹⁶ *United States of America v. Yates* 438 F.3d 1307 (2006), disponible en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 8 de octubre de 2008).

²¹⁷ La llamada conspiración, además de constituir un delito tipificado en las diferentes legislaciones penales de Estados Unidos, es también una figura propia del sistema jurídico anglosajón, cuyo tratamiento ha de realizarse también en la parte general del derecho penal. Es importante explicar tal y como matiza QUINTANO RIPOLLÉS, que en “la tradición del Derecho penal interno, en el europeo continental al menos, la conspiración se considera un mero grado en la fuerza física del delito, preparatorio y no de ejecución, como previo escalón de la tentativa del *iter criminis*, en lo internacional ofrece mayores concomitancias con la codelinuencia, a modo de participación cualificada, cuando no de delito sustantivo, según la sistemática penal anglo-sajona”. Así las cosas, aunque en los sistemas penales europeos se ha venido regulando esta institución, como es el caso de nuestro sistema legislativo punitivo (cfr. arts. 4 y 143 del Código Penal de 14 de septiembre de 1973 o los arts. 17, 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477,

médicas provenientes de su relación con la Clínica *Norfolk Men's*, realizando las operaciones a través de una farmacia que actuaba a través de Internet, sita en *Clanton*, Alabama.

En la fase previa al juicio, el Gobierno solicitó una orden para que se permitiera la declaración de dos testigos de cargo, cruciales para poder desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, a través de videoconferencia bidireccional desde Australia, ante el hecho de que ambos testigos, por miedo a que fueran también enjuiciados, no querían acudir a Alabama a prestar testimonio en la fase de juicio oral. Al quedar estos fuera del alcance de la jurisdicción de Estados Unidos, la fiscalía solicitó que se realizara dicha declaración virtual en tiempo real.

488, 519, 548, 553, 579, 585 y 615 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995), se trataría de un delito que bien podría calificarse tal y como indica HENDLER, como “anacrónico”, por ser una herramienta de punición subsidiaria en aquellos casos cuyos hechos no estuvieran debidamente tipificados en la ley como delictivos. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1955 pp. 205-207, HENDLER, E.S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos de América*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 91-100. En los Estados Unidos de Norteamérica, dependiendo de las leyes, y de la interpretación jurisprudencial de las mismas, la extensión y el contenido del delito varía. Sirva a modo de guía qué se entiende por *conspiracy* lo establecido en la sección 371 del Código de Estados Unidos (18 USCA § 371), por el que se considera delito de conspiración cuando dos o más personas conspiran para cometer cualquier ofensa o fraude contra los Estados Unidos. Precepto disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2009).

El tribunal de distrito concedió la moción previa incidental solicitada por el Ministerio Público²¹⁸, al considerar que los derechos de confrontación de los acusados no se veían vulnerados por el hecho de que la declaración por videoconferencia bidireccional permitía a los acusados ver a los testigos y viceversa, los testigos podían ver a los acusados durante la declaración.

Los acusados (Anita Yates y Anton F. Pusztai) decidieron apelar la sentencia, apoyándose fundamentalmente en la vulneración de su derecho de confrontación debido a que los testigos que declararon en Australia no prestaron un juramento adecuado.

El hecho de que los testigos declaren desde Australia y se hallen fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos, implica que su testimonio no es fiable, pues aunque cometan un delito de perjurio²¹⁹, se hallan fuera del alcance punitivo del país en el que se

²¹⁸ Antes de que se sustancie la celebración del juicio, existe un momento procedimental en el que se pueden presentar cuestiones previas, de carácter incidental, mediante la presentación de una petición. Una de las cuestiones que más suelen plantearse a la previa celebración del juicio, es la solicitud de supresión de determinadas pruebas. Propuesta que se dilucida en una audiencia especial, en la que se debate sobre tal cuestión, antes de adoptar una decisión. Al primer tipo de propuesta se denomina moción incidental, mientras que el segundo recibe el nombre de moción de supresión de pruebas. HENDLER, E.S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos...*, cit., p. 200.

²¹⁹ El perjurio es una figura delictiva propia de los sistemas penales del *common-law*. Se incurre en tal delito cuando una persona falta a la verdad hallándose bajo juramento. Aunque es susceptible de cometerse en diferentes escenarios jurídicos en los que una persona deba prestar testimonio bajo juramento, donde posee una mayor relevancia es en el ámbito de la Justicia, y, en particular, en lo referente a

está desarrollando el proceso, y esta convicción les puede llegar a declarar en un sentido diferente a la verdad de los hechos acaecidos.

Pese a los argumentos esgrimidos por la Fiscalía en primera instancia, y los aducidos en apelación, el undécimo circuito no estaba de acuerdo con los razonamientos expuestos por aquella para el recibimiento a prueba de las dos testificales por videoconferencia bidireccional desde Australia, entendiendo que se había vulnerado el derecho de confrontación contenido en la Sexta Enmienda, ordenando la repetición del juicio.

El undécimo circuito rechazó el argumento del Ministerio Público por el que se esgrimía que la doctrina *Craig* no se aplicaba porque la prestación de testimonio a través de videoconferencia bidireccional era necesariamente más protector con los derechos de

su aplicación a los testigos que deban prestar declaración en un juicio. En la normativa jurídica anglosajona, generalmente se castigará como delito menor (*felony*) y también se tipificarán como delito las conductas relativas a la incitación a la comisión de perjurio y el soborno para declarar en falso en grado de tentativa. La figura delictiva homóloga en España sería la del “falso testimonio” regulado en el art. 458 CP, la diferencia estriba en que si bien en ambos casos los deponentes en un juicio tienen la obligación de decir la verdad, en Estados Unidos antes de realizar dicha declaración ha de comprometerse a decir la verdad bajo juramento, mientras que en España no existe tal juramento, sino una advertencia por parte del juez de que si falta a la verdad estaría incurriendo en un delito de falso testimonio tipificado en el art. 458 del CP. Obviamente este tipo delictivo no afectaría al imputado en un proceso penal, el cual no tiene la obligación de decir la verdad, como instrumento puesto a su servicio a la hora de elaborar su estrategia procesal con la finalidad de salir exculpado de los hechos que se le inculpan, de lo contrario se estaría vulnerando su derecho de defensa.

confrontación de los acusados que el método de admitir el testimonio de un testigo no disponible prescrito por la norma 15 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, atendiendo básicamente a dos razones.

En primer lugar, desestima el argumento del Gobierno, porque omite en sus razonamientos que la norma 15, otorga al acusado la oportunidad de estar presente en la deposición existiendo de esta forma oportunidad de encontrarse físicamente con el testigo.

En segundo lugar, porque el procedimiento usado a petición de la fiscalía de declarar desde Australia a través de videoconferencia, no se encuentra autorizado por las Reglas Federales del Procedimiento Criminal, ni tampoco se puede entender que esa decisión quede enmarcada en los poderes que le son inherentes a los jueces que conocen del procedimiento.

Expuestos brevemente los asuntos de mayor trascendencia jurisprudencial en torno a la aplicación de la videoconferencia en el proceso penal estadounidense, es hora de analizar la cuestión principal en torno a estas sentencias. Teniendo presente que el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, pertenece al sistema del *Common law*²²⁰, y por tanto, la jurisprudencia posee una gran

²²⁰ Tal y como indica DAVID, actualmente existen diferentes familias jurídicas, las cuales se pueden clasificar en tres grandes grupos: la familia romano-germánica, la familia del *Common law*, y la familia de los derechos socialistas, encontrándose además otro tipo de sistemas jurídicos como el Derecho musulmán, el Derecho hindú, el Derecho hebreo, el Derecho del Extremo

importancia en estos sistemas jurídicos, la cuestión principal a resolver será determinar cómo va a afectar el fallo *Yates* en la llamada doctrina del precedente en futuros casos, esto es, ¿podrán los inculpados alegar este precedente para imposibilitar el uso de la videoconferencia en las declaraciones de testigos?

Ante todo, debemos en primer lugar, indicar cuáles son de una forma sistemática, las fuentes del Derecho Norteamericano, para a continuación explicar brevemente qué es exactamente el precedente y cómo podría verse afectado el empleo de la videoconferencia en el proceso penal por la invocación del asunto *Yates*²²¹.

Oriente y el Derecho de África del Norte y Madagascar. Pese a esta gran variedad de familias jurídicas, tradicionalmente se ha optado por parte de la doctrina en dividir los sistemas jurídicos en dos categorías: los sistemas socialistas y los sistemas occidentales, realizándose a su vez en estos últimos otra subdivisión de bases legales: el área jurídica del *Common law* y el área jurídica del *Civil law*. DAVID, R., *Les grands systèmes de droit contemporains...*, cit., pp. 19-32. Partiendo de esta distinción de sistemas jurídicos, nos parece oportuno precisar que cuando hablamos de *Common law* en Estados Unidos, nos estamos refiriendo a “sistema jurídico” y no a “tradición jurídica”. Siguiendo a ITURRALDE SESMA, la expresión sistema jurídico (el que nosotros utilizaremos) denota “un conjunto de instituciones jurídicas, procedimientos y normas”, mientras que el término “tradición jurídica” refiere “un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho tiene que ser creado, aplicado, estudiado o perfeccionado y enseñado”. ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 13-14.

²²¹ Entendiendo por fuentes de Derecho, a decir de BOBBIO, como: “aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el Ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”. De este modo, desde un punto de vista formal, únicamente constituirán fuentes de Derecho, aquéllas disposiciones que determinan el órgano competente y el procedimiento a través del cual se crean las normas jurídicas; en este sentido solamente habrán de considerarse como

Prima facie la teoría de las fuentes del Derecho en Estados Unidos reviste de una cierta complejidad, por cuanto coexisten tres derechos diferentes: el derecho federal, el derecho estatal y el derecho local.

No obstante dicha segmentación, no imposibilita explicar una teoría general de las fuentes del derecho. El derecho federal y el derecho de cada Estado disponen cada uno de sus propias fuentes, mas, a pesar de sus múltiples particularidades, ambos derechos poseen un gran conjunto de principios comunes²²².

En los Estados Unidos, el Derecho nace de cuatro fuentes: la Constitución, las leyes, los reglamentos, y el *Common Law* –en el que se incluiría la jurisprudencia, en terminología norteamericana: *case law*–, pudiéndose considerar dentro de estas fuentes a la Constitución, la ley y la jurisprudencia, como las más importantes.

válidas aquellas normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico –tal y como desarrollara WRÓBLEWSKI en su concepto de *validez sistémica*–, perteneciendo al sistema jurídico, no sólo las normas o disposiciones formuladas, sino también sus consecuencias formales e interpretativas, como pudiera ser en este último supuesto la interpretación de las normas realizadas por los órganos jurisdiccionales. BOBBIO, N., *Teoría general del derecho* (trad. ROZO ACUÑA, E.), ed. Debate, Madrid, 1993, p. 170, WROBLEWSKI, J., “Verification and Justification in the Legal Sciences”, en *Rechtstheorie, Beiheft* 1, 1979, pp. 207 y ss., cit. por AARNIO, A., *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. GARZÓN VALDÉS, E., ZIMMERLING, R.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-74, LÓPEZ RUIZ, F., “Sistema jurídico y criterios de producción normativa”, en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 14, núm. 40, 1994, pp. 165-166.

²²² TUNC, A., TUNC, S., *El Derecho de los Estados Unidos de América* (trad. ELOLA, J.), ed. Universidad Nacional de México, México D.F., 1957, p. 19.

En el orden jerárquico de las fuentes del derecho, obviamente, se halla en primer lugar, la Constitución.

Inmediatamente después, siguiendo en este aspecto a André TUNC y Suzanne TUNC, se hallarían las decisiones judiciales que interpretan la Constitución, pero no en un orden jerárquico inferior a esta sino al mismo nivel, es decir junto a la Constitución. En este sentido, los citados autores indican que “puede parecer ilógico, en verdad, colocar en el mismo rango que la Constitución las decisiones que la aplican y la interpretan” mas “una visión realista de las cosas permite, sin embargo, poner en duda que las decisiones judiciales hayan de situarse por debajo de la ley o, en su caso, de la Constitución. Desde cierto punto de vista se estaría tentado a colocarlas por encima, al menos en su autoridad temporal. Y es que, en efecto, como se ha dicho frecuentemente, la ley es lo que el juez dice que es. Y el *adagio* es particularmente exacto en lo que concierne a la Constitución de los Estados Unidos, cuya significación ha sido profundamente modificada bajo la influencia de la Suprema corte, así como por la de los presidentes y el Congreso”²²³.

Asimismo al lado de la Constitución, al igual que las decisiones judiciales que la interpretan, se podría ubicar los

²²³ *Ibidem*, p. 20.

principios del *Common law* ordinariamente reconocidos en los Estados Unidos²²⁴.

Inmediatamente en un segundo nivel, nos encontraríamos con la ley federal, es decir, los textos aprobados por el Congreso, los tratados que no precisen de una ley especial para ser incorporados al ordenamiento jurídico, así como, y muy importante para nosotros, las normas procedimentales, a saber, las *Rules of Civil Procedure*, las *Rules of Criminal Procedure* y las *Rules of Admiralty*²²⁵.

En un peldaño inferior, estarían las *proclamations* y *executive orders* del Presidente y reglamentos aprobados por la Administración en el ejercicio de sus competencias. Y finalmente, aparecería el “*Common law federal*”²²⁶. Y, por último, respecto de las fuentes del derecho de cada Estado, son, en gran medida, las mismas que las establecidas en el derecho federal²²⁷. Serían, la

²²⁴ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 21 y 90.

²²⁶ Se hace necesario indicar una matización, y es a raíz de la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el asunto *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, 304 U.S. 64, dictada en 1938, en relación con los principios del *Common law* generalmente reconocidos en los Estados, el Tribunal Supremo entendió que tales principios no formaban parte del *Common law*. DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, ed. Dalloz, Paris, 1988, pp. 466-468. La mencionada sentencia se puede consultar en la Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 20 de octubre de 2008)

²²⁷ Recordar en este sentido, la supremacía absoluta que ejerce el derecho federal sobre los derechos de los Estados., de este modo, cualquier norma acordada por una comisión administrativa federal, prevalecerá sobre cualquier precepto

Constitución del Estado y las decisiones jurisdiccionales que la interpretan²²⁸.

Enumeradas ya las fuentes del derecho norteamericano, decir e indicar, tal y como se ha podido extraer de esta breve indicación, que las fuentes más importantes son la jurisprudencia y la ley.

Dicho esto, y ubicada dentro del sistema jurídico de Estados Unidos, a la jurisprudencia como fuente del Derecho, y teniendo presente para la resolución del problema que hemos planteado sobre la influencia del fallo *Yates* en futuras decisiones judiciales, es necesario reflejar que el derecho de Estados Unidos, por el hecho de basarse en el sistema jurídico del *Common law*, al igual que el derecho inglés, es un derecho sustancialmente jurisprudencial.

A grandes rasgos, se podría decir que el *Common law* es un derecho preeminentemente judicial, pues se construye primordialmente por los jueces (*judge made-law*), siendo un Derecho cimentado en decisiones establecidas en cientos de años,

recogido en la Constitución de un Estado. TUNC, A., TUNC, S., *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, cit., p. 25.

²²⁸ *Ibidem*. André TUNC y Suzanne TUNC, en su obra también mencionan como fuente del derecho estatal los principios del *Common law*. Sin embargo, como acabamos de mencionar, la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*, 304 U.S. 64, entendió que estos no formaban parte de las fuentes del derecho. TUNC, A., TUNC, S., *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, cit., p. 25.

agrupándose paulatinamente la doctrina contenida en dichos fallos en los llamados principios del derecho (*principles of law*)²²⁹.

Uno de los principios cardinales en los que se sustenta este sistema es el de que los casos afines deben resolverse por los tribunales de manera similar. Por tanto el pilar fundamental del *Common law* lo constituye el precedente judicial²³⁰.

Esto aplicado al caso *Yates* viene proyectado de la siguiente forma. En dicho pronunciamiento se hizo caso omiso de los precedentes tanto de tribunales del mismo orden jerárquico (el supuesto *Gigante*) como de un orden superior (la Corte Suprema en el caso *Craig*) que trataban una cuestión análoga, la utilización de la videoconferencia –o circuitos cerrados de televisión- como método de auxilio en la declaración de un testigo en un juicio penal²³¹.

La cuestión a plantear sería si el decimoctavo circuito estaba efectivamente obligado a seguir esa doctrina, y por tanto su decisión si se recurriera a la Corte Suprema quedaría invalidada. O

²²⁹ LONDOÑO, N.R., “La obligatoriedad de los principios en el *Common Law* de los EU”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 106, 2007, p. 58.

²³⁰ *Ibidem*, pp. 58-59.

²³¹ Con el fin de evitar confusiones, queremos aclarar que cuando utilizamos el término precedente nos referimos a las reglas y principios aplicados por otros jueces o tribunales en sentencias anteriores en casos análogos, y que por tanto en el sistema del *Common law*, existe una obligación de observar dicho precedente impuesta a los Juzgados o Tribunales inferiores así como a los del mismo rango.

si, a *sensu contrario*, es válido su fallo, ¿generaría un nuevo precedente que podría ser invocado por futuras partes procesales?

En la ayuda para determinar la sujeción o no en el pronunciamiento de un Tribunal a lo sentenciado anteriormente por otro Tribunal de igual o superior rango en un caso similar, se encuentra la doctrina del *stare decisis*²³². En virtud de este principio los jueces se hallan obligados a resolver los asuntos que se le presentan tomando como referencia las decisiones en casos anteriores iguales o semejantes. Tiene dos vertientes, una horizontal y otra vertical.

En un sentido horizontal, el *stare decisis*, obliga al juez a resolver conforme a lo establecido en decisiones suyas preexistentes. En una acepción vertical, los tribunales de inferior rango quedan compelidos a continuar la línea jurisprudencial seguida en los Tribunales jerárquicamente superiores ante situaciones similares o análogas²³³.

Por este último motivo, se suele realizar la distinción entre precedentes vinculantes y precedentes persuasivos, en función de la ilación que une a los tribunales, un precedente será obligatorio para algunos tribunales mientras que para otros sólo será meramente

²³² El nombre completo de dicha doctrina sería: *stare decisis et quita non movere*, y se podría traducir aproximadamente por “estar a lo decidido y no alterar lo establecido”.

²³³ LEGARRE, S., RIVERA, J.C., “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 33, núm. 1, 2006, pp. 109-110 y 113.

sugestivo, teniendo en cuenta que los únicos precedentes vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales serán los provenientes de la Corte Suprema²³⁴.

Siguiendo a SPRECH, podríamos señalar de una forma muy resumida la doctrina estadounidense del precedente²³⁵, puesto que difiere algo de la inglesa²³⁶:

- a. La Corte Suprema nunca se ha visto obligada a seguir rígidamente sus propias decisiones, y precisamente otros tribunales federales y estatales han seguido este proceder en lo referente a sus propias decisiones.

²³⁴ ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law...*, cit., pp. 139-140.

²³⁵ SPRECH, R.A., “The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it should be applied”, en *American Bar Association Journal*, vol. 31, 1945, p. 503.

²³⁶ La concepción del *stare decisis* en los Estados Unidos de América, es mucho más flexible que en el Reino Unido. Los tribunales norteamericanos a diferencia de los británicos, no se consideran rígidamente vinculados por las decisiones anteriores, podemos destacar en este sentido, entre otras, las siguientes sentencias: *Hertz v. Woodman*, 218 US 205 (1910) o *Adams Exp. Co. v. Beckwith*, 100 Ohio St 348, 355 (1919). A su vez, no sólo estiman que tienen un deber de seguir y por tanto fallar de acuerdo con los precedentes sino que este deber inexcusable va acompañado de un derecho a cambiar de doctrina respecto de las decisiones anteriores y por tanto derogar esos precedentes, dejando sin efecto un precedente determinado, esto es lo que se conoce como *overrule*. De este modo la Corte Suprema ha manifestado que “nuestras decisiones continúan siendo precedentes vinculantes hasta que nosotros mismos tengamos a bien reconsiderarlos”, *Hohn v. United States*, 524 U.S. 236, 252-253 (1998), anteriormente en un sentido similar vid. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992). ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law...*, cit., pp. 136-138, DUNN, P.H., “How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis”, en *Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, p. 494.

- b. Una decisión de la Corte Suprema de Los Estados Unidos sobre cuestiones federales es vinculante sobre el resto de tribunales, tanto federales como estatales.
- c. Mientras una decisión de un tribunal federal, aparte de la Corte Suprema, en un asunto federal puede ser persuasiva para un tribunal estatal, es, sin embargo, no vinculante ya que el tribunal estatal debe obediencia a un sólo tribunal federal, a saber, la Corte Suprema. Y lo mismo sucede a la inversa, una decisión de un tribunal estatal en un asunto de carácter federal puede ser persuasiva para los tribunales federales pero no es obligatoria.
- d. Las decisiones de los tribunales federales (además de la Corte Suprema) no son vinculantes para otros tribunales federales que se hallan en el mismo rango jerárquico, o inferior, a menos que estos últimos deban obediencia al tribunal que pronunció la sentencia.

Pese a esta flexibilidad, ello no implica que los tribunales tengan una total libertad a la hora de tomar sus decisiones,

pues han de seguir una serie de reglas²³⁷:

- a. Como norma general, los precedentes deben seguirse, en aras a mantener una mayor seguridad jurídica.
- b. Los tribunales, solamente pueden apartarse de los precedentes si existe una modificación de las circunstancias o necesidades sociales que implicaría un perjuicio grave al interés público si la decisión se adhiriera al precedente, pues esos cambios sociales son mucho más importantes que la estabilidad y uniformidad del derecho²³⁸.
- c. La evaluación que debe realizar el propio Tribunal para desvincularse de un precedente y derogarlo, debe

²³⁷ ITURRALDE SESMA, V., *Ibidem*, pp. 138-139.

²³⁸ Un ejemplo de este supuesto lo encontramos en la sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, 492-495 (1954), en la que existe un cambio de criterio atendiendo a las circunstancias actuales de la época, y desmarcándose de precedentes anteriores. En dicho fallo, la Corte Suprema consideró contrario a la Decimocuarta Enmienda que los niños de raza negra no pudieran compartir aula en los colegios públicos con niños blancos, ya que: “En la aproximación a este problema, no podemos girar el reloj atrás en el tiempo hasta 1868 cuando la Enmienda (la Decimocuarta) fue adoptada, o hasta 1896 cuando *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, fue escrita. Debemos considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y de su lugar presente en la todas las partes de la Nación de la vida americana. Sólo de este modo puede determinarse si la segregación en colegios público priva a estos demandantes de la protección ecuánime de las leyes... Concluimos que en el campo de educación pública la doctrina de 'separado pero igual' no tiene lugar.” Sentencia disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

fundamentarse en razones de utilidad social. El valorar que seguir el precedente provoca una decisión injusta en un determinado supuesto, no ha de estimarse como justificación eficaz y suficiente para derogar un precedente.

Teniendo en cuenta todas estas premisas de la doctrina del *stare decisis*, consideramos que *Yates* no se adhirió a un precedente que le era vinculante el de *Craig*, existía otro persuasivo, el de *Gigante*, y además realizó una derogación encubierta de ese precedente, sin basarse en criterios de utilidad social, si no por considerar que su decisión era más justa con los acusados, lo cual es del todo inadmisibles. El hecho de que la declaración realizada por videoconferencia en *Craig* fuera unidireccional y en *Yates* bidireccional, no modifica los elementos análogos de fondo, ya que ante circunstancias excepcionales se puede realizar la declaración a distancia de los testigos en lugar diferente a la Sala de Vistas, auxiliándose de las nuevas tecnologías que permiten su comparecencia en tiempo real, de la misma forma que si hubieran acudido al Juicio Oral.

Si esta decisión hubiese sido recurrida a la Corte Suprema, ésta con toda probabilidad la hubiese anulado. Pero como esto no sucedió, lamentablemente se ha sentado un grave precedente que va en contra del interés público y la utilidad social de los Estados

Unidos: impartir justicia adecuadamente, sin que ningún delito quede impune por causas procedimentales. Pues en aquellos supuestos en los que los sujetos activos de delitos, cuyos testigos de cargo, que a su vez constituyen la única prueba en la que se puede fundamentar una condena, no puedan comparecer debido a circunstancias excepcionales en el acto de juicio oral, y dichos actores, invoquen como precedente obligatorio a seguir el caso *Yates*, se verán netamente beneficiados por esta acción puntual de un tribunal, hasta el extremo de ser declarados inocentes por falta de pruebas en el caso de que no pudieran practicarse.

La doctrina recogida en *Yates* no sólo implica un alejamiento de la jurisprudencia existente en Estados Unidos sobre aplicación de videoconferencia en el proceso penal, sino también un apartamiento del propio escenario nacional estadounidense, no cumpliendo en este caso con la máxima de que los tribunales deben interpretar la realidad social existente en el momento de sus pronunciamientos. La actividad norteamericana viene marcada por una incorporación de las nuevas tecnologías en todos los sectores jurídicos, existiendo un gran número de proyectos relativos a esta cuestión. Lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que la sociedad estadounidense es una comunidad de mercado corte capitalista en la que basa todos sus parámetros en la eficiencia y en el ahorro de costes.

Con todo, pese a este fallo por el que se desestima la videoconferencia como método de auxilio para la práctica de prueba testifical por ser inconstitucional, en Estados Unidos la gran mayoría de tribunales aceptan el empleo de este recurso electrónico para la práctica de testimonios en circunstancias excepcionales.

Por ejemplo, en una sentencia posterior a *Yates*, en concreto de 2007, el Quinto Circuito en el asunto *Horn v. Quaterman*²³⁹, falló siguiendo la línea doctrinal establecida en *Craig*, que era mejor constitucionalmente para el testigo declarar contra el demandante a través de circuito cerrado de televisión bidireccional ya que no estábamos ante una adopción sin justificación alguna del empleo de la videoconferencia en la declaración de un testigo, no se trataba de una aplicación irracional, en virtud de lo establecido claramente por el derecho federal como el determinado por la Corte Suprema²⁴⁰.

Por tanto, el asunto *Yates* es más bien un supuesto aislado²⁴¹, pues la *praxis* jurisdiccional habitual en Estados Unidos, ha sido la

²³⁹ Se trataba de un caso muy parecido al de *Gigante*, el testigo se hallaba enfermo de cáncer, por lo que motivado por esta grave enfermedad, se desaconsejaba facultativamente la posibilidad de viajar. *Horn v. Quaterman*, 508 F.3d 306 (2007), disponible en Base de datos Westlaw international: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2008).

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 314 *in fine* a 320: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 13 de octubre de 2008).

²⁴¹ Aparte de *Yates*, existe algún fallo contrario a la aplicación de la videoconferencia en el proceso penal, como por ejemplo en *Seymour v. State*, 582 So. 2d 127 (1991) o en *U.S. v. Mores*, 137 F.3d 894 (1998). Sentencias

de utilizar la videoconferencia como método de auxilio en la declaración de testigos, que por razones de utilidad (piénsese en testigos que residan fuera de los Estados Unidos), victimológicas (el supuesto de testigos-víctimas menores de edad), por motivos de protección (testigos protegidos) y por cuestiones humanitario-sanitarias (el caso de enfermos), es aconsejable en beneficio de estas personas realizar sus declaraciones a través de medios audiovisuales²⁴².

La tendencia sigue siendo la de admitir la utilización de la videoconferencia sin que ello vulnere el derecho de confrontación de la Sexta Enmienda, véase a este respecto *State v. Langford*, 736, S.E. 2D 619 (2013).

consultadas en Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 14 de octubre de 2008).

²⁴² De esta forma podemos citar además de las expresadas anteriormente, entre otras, las siguientes sentencias que recogen alguno de estos motivos para validar la declaración por videoconferencia y no considerar dicho testimonio contrario a la Sexta Enmienda, todas ellas disponibles en la Base de datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta de todas las sentencias que se exponen a continuación: 14 de octubre de 2008): *U.S. v. García*, 7 F.3d 885 (1 993), *U.S. v. Carrier*, 9 F.3d 867 (1993), *LaBayre v. State of Iowa*, 97 F.3d 1061 (1996), *U.S. v. Rouse*, 111 F.3d. 561 (1997), *Harrel v. State*, 709 So. 2d 1364 (1998), *certiorari* denegado, 525 U.S. 903 (1998), *Lindstadt v. Keane*, 239 F.3d 191 (2001), *Lomholt v. Burt*, 219 F.Supp. 2d 977 (2002), *Jellinek v. Costello*, 247 F.Supp. 2d 212 (2003), *Lomholt v. Iowa*, 327 F.3d 748 (2003), *U.S. v. Burke*, 345 F.3d 416 (2003), *U.S. v. Kapell*, 418 F.3d 550 (2005), *Fuster-Escalona v. Florida Dept. of Corrections*, 170 Fed.Appx. 627 (2006), *Danner v. Motley* 448 F.3d 372 (2006), *Horn v. Quaterman*, 508 F.3d 306 (2007), *Wilkins v. Timmerman-Cooper* 512 F.3d 768 (2008), *Katt. V. Lafler*, 271 Fed.Appx. 479 (2008), *U.S. v. Brown*, 528 F.3d 1030 (2008).

Con todo, algún autor, como SMITH, considera que la tendencia puede variar en la medida que ha habido una nueva renovación de magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos que podría estimar que el empleo de la videoconferencia puede vulnerar el derecho del acusado a la confrontación visual de la Sexta Enmienda²⁴³. Sobre todo si tenemos en cuenta que ha habido una gran vacilación en muchos tribunales de justicia norteamericanos a la hora de admitir el testimonio por medio de videoconferencia, pues como afirma WEBER, se podría argumentar por la defensa de los acusados que los jueces no son psicólogos y por tanto no están capacitados para determinar si las declaraciones por medio de videoconferencia pueden ser desfavorables o no a los acusados²⁴⁴, con base, por ejemplo, en el estudio llevado a término en el año 2.010 en el Condado de Cook en Illinois, sobre Vistas en las que hubo declaraciones por medio de videoconferencias, concluyendo que estas declaraciones virtuales eran afectaban los derechos de los acusados de forma negativa²⁴⁵.

²⁴³ SMITH, J. ,“Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant’s confrontation Rights”, en *Administration of Justice Bulletin*, núm. 2013/02, disponible en: <http://sogpubs.unc.edu/electronicversions/pdfs/aojb1302.pdf>, p. 18 (fecha de consulta 20 de mayo de 2014).

²⁴⁴ WEBER, F.A., “Complying with the confrontation clause...”, cit., p. 178.

²⁴⁵ SIEDMAN, DIAMOND, S., BOWMAN, L. E., WONG, M., PATTON, M. “Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions” en *The Journal of Criminal Law and Criminolog*, vol. 100, núm. 3, 2010, p. 870.

Con la jurisprudencia analizada, salvo alguna contada excepción, visto como los tribunales están adaptándolos a las nuevas tecnologías y comprobada la existencia del Proyecto *Courtroom 21* –el cual analizaremos acto seguido-, no sólo se puede decir que la implantación de la videoconferencia en los tribunales penales es realmente efectiva, sino también que existe un deseo de innovación e investigación, para que su empleo pueda ser aplicado a todas aquellas actuaciones procesales en las que sea factible su utilización.

c) *Center for Legal and Court Technology*, anteriormente *Courtroom 21*

Dentro de ese gran número de proyectos que se están llevando a cabo en Estados Unidos sobre la incorporación de las TICs al proceso penal, destaca sobremanera el proyecto *The Center for Legal and Court Technology* – Centro para la Tecnología Legal y de Tribunal, denominado anteriormente *Courtroom 21*, aunque aún se sigue empleando este término para referirse a este proyecto-.

Se trata de un programa de investigación emprendedor sin ánimo de lucro, y de un servicio público de carácter consultivo-educativo, cuyo objetivo es mejorar la Administración de justicia a través del empleo de las nuevas tecnologías. Dicho proyecto orientado a los tribunales, es una iniciativa conjunta de la *William*

& *Mary Law School* y del Centro Nacional para los Tribunales del Estado (*the National Center for State Courts*). *The Center for Legal and Court Technology* (CLCT) trabaja fundamentalmente para asistir a los tribunales, a las agencias de gobierno, a los despachos de abogados, a los colegios de abogados, a jueces, periodistas especializados en el ámbito de la justicia, asistentes de abogados, técnicos legales y otros profesionales del campo legal. Actualmente a través de *Courtroom 21*, la CLCT apoya directamente a los tribunales adscritos a dicho proyecto, prestándose actualmente dicho auxilio a tres mil Juzgados y Tribunales de los Estados Unidos de América y de Canadá²⁴⁶.

El proyecto *Courtroom 21* tiene como misión oficial “mejorar los sistemas legales del mundo a través del uso adecuado de la tecnología”. Dicho programa nació formalmente en Agosto de 1993, consistiendo *Courtroom 21* en el centro nacional para la sala de audiencias y para la tecnología relacionada con la demostración y la experimentación. Esta iniciativa supone un esfuerzo conjunto de la Facultad de Derecho *William & Mary* y del Centro Nacional para los Tribunales del Estado (NCSC). Físicamente ubicada en la Facultad de Derecho *William & Mary* en Williamsburg, Virginia el Proyecto *Courtroom 21* ha trabajado diligentemente para

²⁴⁶ Para más información sobre el proyecto *Courtroom 21*, consultar la siguiente página web: <http://www.courtroominformationproject.org/CIPHome.jsp> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

perfeccionar su misión principal de servicio público: mejorar los sistemas legales nacionales a través del uso apropiado de la tecnología²⁴⁷.

La Sala del Tribunal de *McGlothlin* es el eje del plan; es el centro experimental. Una actualización del diseño de la Sala de vista en la que lo último en nuevas tecnologías ha sido instalado, constituye el proceso y el tribunal de apelaciones más avanzado tecnológicamente en el mundo. Es mejorado continuamente y habitualmente se cierra al menos una semana al año para realizar las mejoras principales²⁴⁸.

El elemento más conocido de este programa es su prueba de laboratorio anual. Se desarrolla como parte del seminario de tecnología legal de la *William & Mary Law School*. En dicho laboratorio se simula un juicio, tradicionalmente presidido por un juzgado de distrito federal, buscando para el ejercicio práctico un caso antiguo que efectivamente existió. Es tribunal es presidido por un Juzgado de distrito federal y su veredicto final será emitido por un jurado de comunidad. Al tratarse de un juicio ficticio, se llevan a cabo toda una gran variedad de experimentos relacionados con las nuevas tecnologías²⁴⁹.

²⁴⁷ LEDERER, F.I., "The Courtroom 21 Project: creating the Courtroom of the twenty-first century", en *American Bar Association Judges' Journal*, vol. 43, núm. 1, Invierno 2004, p. 39.

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 39-40.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 41-42.

El Proyecto *Courtroom 21* ha sido pionero en dirigir trabajos experimentales dirigidos a la comparecencia remota de las personas que han de intervenir en un proceso a través de videoconferencia durante muchos años. La Sala de Audiencia *McGlothlin* de la *William & Mary Law School* es única, pues dispone como mínimo de seis cámaras de televisión que dispensan múltiples imágenes a través de su circuito de control. Esas cámaras están ubicadas de forma que se ven a los testigos remotos por regla general, detrás del banquillo de los testigos, a los jueces remotos detrás del estrado, al abogado remoto en la mesa de abogado o ubicándolo cerca de la sala de tribunal, y respecto del resto de sujetos procesales que hayan de intervenir en el proceso, se realizará una ubicación del monitor en un estilo similar²⁵⁰.

Normalmente la utilización de la videoconferencia en el proceso penal viene asimilada generalmente a declaración de testigos y peritos, pero sin embargo existen situaciones en las que la intervención de abogados, jueces y fiscales, a través de este medio de telecomunicación sería muy eficaz para dar una rápida respuesta a casos que no se pueden demorar en el tiempo. Es por ello por lo que en el CLCT se ha experimentado no sólo con la declaración a distancia de testigos, sino también con otros

²⁵⁰ LEDERER, F.I., "The potential use of courtroom technology in major terrorism cases", en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 12, núm. 3, 2004, p. 908.

operadores jurídicos, y muy especialmente en materia de terrorismo²⁵¹.

Fredric I. LEDERER, director del proyecto *Courtroom 2001*²⁵², nos señala una serie de supuestos experimentales muy interesantes²⁵³, que a continuación pasamos a detallar. Para probar la aparición a distancia de un abogado en un juicio penal, en el asunto experimental del año 2001 *United States v. Linsor*, se enjuiciaba un bombardeo de un avión militar estadounidense sobre Inglaterra. Con la ayuda de Reino Unido, pues cooperaron una cuantía considerable de funcionarios de ese país, el abogado que en este caso representaba a Inglaterra, el Sr. Barnet, en lugar de trasladarse en un hipotético juicio a los Estados Unidos, compareció y actuó en sus funciones de abogado desde Leeds, realizando toda su representación a través de videoconferencia. Las conclusiones de esta actuación remota en el juicio del abogado que representaba al Reino Unido fueron a grandes rasgos, que dicha participación no parecía tener ninguna condición adversa. El único contratiempo posible a esta práctica según sugiere muy

²⁵¹ *Ibidem*, p. 909.

²⁵² Información extraída de su página web personal: <http://web.wm.edu/law/facultyadmin/faculty/leder-46.shtml?svr=law> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

²⁵³ Fredric I. Lederer es el director de “The Center for Legal and Court Technology” –anteriormente Courtroom 21- y Rector de *Williams & Mary Law School*, información disponible en su página web personal: <http://web.wm.edu/law/facultyadmin/faculty/leder-46.shtml?svr=law> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

acertadamente LEDERER, es el hecho de que los letrados, aún cuando tengan que visionar un testigo a distancia a través de una pantalla de televisión, es decir, sin estar físicamente cerca de él, estos siempre van a querer hallarse en la Sala de Vistas y no actuar desde una ubicación remota en el juicio a través de las nuevas tecnologías de la comunicación²⁵⁴.

Mucho más interesante que este ejercicio práctico, fue el experimento que se realizó en 2003, en el supuesto ficticio *United States v. Stanhope*. En este asunto el acusado lo era por haber intentado financiar un bombardeo de Al Qaeda en los Estados Unidos de América. Había enviado una pintura al óleo valiosa a Dubai donde había sido vendido a un coleccionista de arte australiano por una suma sustancial de oro. El oro fue fácilmente intercambiado por dólares y transferido a través del Sistema *Hawala Money-transfer* a El Cairo, posteriormente a Beirut, de Beirut a Londres, y finalmente a Berlín. En Berlín, el dinero fue transportado a los Estados Unidos para comprar participaciones minoritarias en una firma americana para dar soporte operativo a Al Qaeda. La acusación fue capaz de remontar los fondos atrás a Dubai y la pintura a Dubai desde los Estados Unidos. Sin embargo, en ausencia del coleccionista de arte, el cual había desaparecido,

²⁵⁴ LEDERER, F.I., “The potential use of courtroom technology in major terrorism cases”, en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 12, núm. 3, 2004, pp. 909-910, disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2009).

era imposible conectar la pintura y el dinero. El coleccionista de arte, sin embargo, había buscado el asesoramiento legal de su abogado australiano, encontrándose ambos en Londres. Como había comunicado totalmente todos los detalles probatorios necesarios al abogado, si la acusación pudiera obtener el testimonio del abogado, la declaración del coleccionista de arte sería admisible como una declaración de interés de cargo conforme a la sección 804 (b) (3) de las Reglas Federales sobre Prueba, citada ya anteriormente.

El abogado sostuvo que él declarararía si las leyes australianas e inglesas determinaban que con esta declaración no vulneraba sus deberes como letrado. En consecuencia, si esto hubiera sucedido en Estados Unidos, no habría habido duda alguna de que el abogado habría declarado, pero en este caso en concreto no había posibilidad alguna de compeler al letrado desde los Estados Unidos a declarar, estando por tanto supeditado el tribunal competente a la necesidad de cumplir con unas leyes extranjeras. Por ello lo que se realizó fue una audiencia simultánea de los tres tribunales: estadounidense, australiano y británico. De este modo desde la Sala Laboratorio se conectó con Queensland, Australia y Leeds, Inglaterra a través de videoconferencia. La acusación invocó las normativa australiana, para Australia, la legislación inglesa, para Inglaterra y las Reglas Federales de Prueba para el juez que presidía el tribunal en Williamsburg, en concreto el Honorable

James Spencer, Juez del Distrito Este de Virginia. Después de que los tres tribunales se pronunciaran sucesivamente, entendieron que los respectivos privilegios de los abogados a guardar silencio sobre los asuntos de sus clientes, en este caso no se aplicaba con base en una excepción por un delito de estafa, siendo ordenado en Queensland al abogado prestar testimonio, y así efectivamente lo hizo, de forma remota a través como no de videoconferencia a Williamsburg.

Es un ensayo muy interesante, porque si bien resulta algo improbable hoy en día conectar tres Juzgados, para que los propios jueces intervengan remotamente en la toma de sus decisiones a través de videoconferencia, este ejemplo práctico muestra como esto sí puede llegar a ser posible. Sobre todo resulta muy eficiente esta eventualidad de comunicar Tribunales, cuando se han de realizar actuaciones y decisiones que no requieren demoras, sino una diligencia rápida, por el hecho de que un supuesto afecte a varias legislaciones extranjeras, tal y como pudieran ser los supuestos de terrorismo de carácter internacional, el cual hoy en día cada vez más está muy presente en nuestras vidas y por desgracia parece ser un fenómeno que va *in crescendo*.

Como se puede apreciar, con notable fruición y a la vez pesadumbre, en Estados Unidos existen líneas de investigación en aras a la mejora y eficiencia de la justicia, y ello, a pesar de tratarse de un sistema nada proteccionista, al seguir un modelo de

capitalismo en su contexto más puro, mientras que países como el nuestro, que siguen una línea económica de protección social, realiza escasas inversiones en materia de investigación, constituyendo un alto porcentaje de las mismas a asuntos de carácter científico, quedando prácticamente marginadas otras disciplinas y líneas de investigación tan importantes para la sociedad, como todo lo relativo al incremento en la eficiencia y accesibilidad de la justicia.

Pero el proyecto *Courtroom 21*, no se queda sólo en un proyecto, ya que fruto de investigaciones de este cariz, es su plasmación práctica, ya que numerosas Cortes de Justicia han optado por introducir nuevas tecnologías en sus tribunales, como por ejemplo el supuesto del Distrito Medio de Alabama, en el cual se han instalado sistemas de presentación de pruebas electrónicas en todos los Juzgados y Tribunales del mismo, incluyéndose entre dichos sistemas el de videoconferencia²⁵⁵.

De este modo podemos comprobar cómo la videoconferencia se halla efectivamente implantada y utilizada en Estados Unidos de América como mecanismo de auxilio en la comparecencia de testigos y acusados a distancia en juicio, coyuntura que se ve aún más si cabe, constatada, por el hecho de que la mayoría de Estados

²⁵⁵ Para más información sobre la implantación de sistemas de prueba electrónica en el Distrito Medio de Alabama, consultar la siguiente página web: <http://www.almd.uscourts.gov/courttech/docs/EEPHoWTo022007.pdf> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2014).

que configuran los Estados Unidos de América, han regulado en sus diferentes legislaciones el empleo de la videoconferencia en el proceso penal, adaptando sus cuerpos normativos a la doctrina *Craig*²⁵⁶.

²⁵⁶ Sería el supuesto de las siguientes normas: §15-25-3 (a) del Código del Estado de Alabama [Ala. Code § 15-25-3(a) (2000)]; § 12.45.046(a)(2) de las Leyes del Estado de Alaska [Alaska Stat. § 12.45.046(a)(2) (Michie 1999)]; § 13-4253(A) de las Leyes Revisadas del Estado de Arizona [Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-4253(A) (West 2000)]; § 16-43-1001(a)(1) del Código del Estado de Arkansas [Ark. Code Ann. § 16-43-1001(a)(1) (Michie 2000)]; § 1347(b) del Código Penal del Estado de California [Cal. Penal Code § 1347(b) (West Supp. 1999)]; § 54-86g(a) de las Leyes Generales del Estado de Conética [Conn. Gen. Stat. § 54-86g(a)]; § 3514(a)(1) del Código del Estado de Delaware [Del. Code Ann. tit. 11, § 3514(a)(1) (1999)]; § 92.54(1) de las Leyes del Estado de Florida [Fla. Stat. Ann. § 92.54(1) (West 1999)]; § 17-8-55(a) del Código del Estado de Georgia [Ga. Code Ann. § 17-8-55(a) (1999)]; § 801D-7 de las Leyes del Estado de Hawai [Haw. Rev. Stat. Ann. § 801D-7 (Michie 1999)]; § 19-3024A del Código del Estado de Idaho [Idaho Code § 19-3024A (Michie 1999)]; § 5/106B-5(a) del Código compilado del Estado de Illinois [725 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/106B-5(a) (West 1999)]; § 35-37-4-8(c) del Código del Estado de Indiana [Ind. Code Ann. § 35-37-4-8(c) (Michie 2000)]; § 915.38(1) del Código del Estado de Iowa [Iowa Code § 915.38(1) (1999)]; § 22-3434(a) del Código del Estado de Kansas [Kan. Stat. Ann. § 22-3434(a) (1999)]; § 421.350(2) de las Leyes del Estado de Kentucky [Ky. Rev. Stat. Ann. § 421.350(2) (Michie 1998)]; § 15:283 (A) de las Leyes del Estado de Louisiana [La. Rev. Stat. Ann. § 15:283(A) (West 1999)]; § 16D de las Leyes Generales del Estado de Massachusetts [Mass. Gen. Laws Ann. ch. 278, § 16D (West 2000)]; § 595.02 subd. 4(2) de las Leyes del Estado de Minnesota [Minn. Stat. Ann. § 595.02 subd. 4(2) (West 1999)]; § 13-1-405(1) del Código del Estado de Mississippi [Miss. Code Ann. § 13-1-405(1) (2000)]; § 2A:84A-32.4(a) de las Leyes del Estado de Nueva Jersey [N.J. Stat. Ann. § 2A:84A-32.4(a) (West 2000)]; § 65.10(1) de las Leyes Procesales Penales del Estado de Nueva York [N.Y. Crim. Proc. Law § 65.10(1) (McKinney 1999)]; § 2937.11 del Código del Estado de Ohio [Ohio Rev. Code Ann. § 2937.11 (Anderson 1999)]; § 753(b) de las Leyes del Estado de Oklahoma [Okla. Stat. Ann. tit. 22, § 753(b) (West 1999)]; § 40.460(24) de las Leyes del Estado de Oregón [Or. Rev. Stat. § 40.460(24) (1997)]; § 5985(A) de las Leyes del Estado de Pensilvania [42 Pa. Cons. Stat. Ann. § 5985(A) (West 1999)]; § 11-37-13.2(a) Leyes Generales de Rhode Island [R.I. Gen. Laws § 11-37-13.2(a)

Y precisamente, por sus resultados satisfactorios, esta innovación tecnológica en la justicia penal, debido a la influencia del *Common Law*, se extenderá a los sistemas de tradición jurídica anglosajona, a saber, Australia, Canadá y Reino Unido, influencia que no quedará estancada sólo en estos países de sistema jurídico similar, sino que iniciará su andadura en los sistemas jurídicos continentales, siendo Italia tal y como hemos advertido anteriormente en este trabajo, el primer país del continente europeo que incorpore el empleo de la videoconferencia en el proceso penal a su legislación.

B) Utilización de la videoconferencia en el proceso penal en Italia: la consolidación

Como acabamos de indicar, Italia decidió importar de los Estados Unidos de Norteamérica la utilización de la técnica de la videoconferencia en el proceso penal, con la mirada puesta en

(2000)]; § 26-8A-30 Leyes codificadas del Estado de Dakota Sur [S.D. Codified Laws § 26-8A-30 (Michie 2000)]; § 24-7-120(a) del Código del Estado de Tennessee [Tenn. Code Ann. § 24-7-120(a) (1999)]; Art. 38.071 del Código de Procedimiento Criminal de Texas [Tex. Code Crim. Proc. Ann. art. 38.071 (Vernon 1999)]; § 77-15-5(2) del Código de Procedimiento Criminal de Utah [Utah Code Ann. § 77-15-5(2) (1999)]; Norma 807 del Código sobre Prueba del Estado de Vermont [Vt. R. Evid. 807]; § 18.2-67.9 del Código del Estado de Virginia [Va. Code Ann. § 18.2-67.9 (Michie 2000)]; § 9A.44.150(a) del Código revisado del Distrito Federal de Washington [Wash. Rev. Code Ann. § 9A.44.150(a) (West 2000)]; § 972.11(2m)(a) de las Leyes del Estado de Wisconsin [Wis. Stat. Ann. § 972.11(2m)(a) (West 1999)].

convertir dicho medio técnico en un mecanismo combativo contra un supuesto delictivo de crimen organizado originario de Italia: la Mafia²⁵⁷.

La Mafia es una de las organizaciones criminales más herméticas y antiguas de la historia. Sus orígenes se remontan a la Edad Media, cuando Sicilia se hallaba bajo dominio de la Corona de Aragón, siendo en un inicio formada por familias pudientes, las cuales a través de esta organización conseguían la obediencia de la población y de este modo el control de las tierras. No poseían ninguna estructura jerárquica, simplemente se hacían llamar “hombres de honor” (*uomini di onore*) y juraban no declarar contra alguno de sus miembros en el caso de tener que comparecer ante algún tribunal. Sin embargo con el tiempo sí adquiere la condición

²⁵⁷ “La Mafia es, en sentido estricto, un fenómeno siciliano cuya exportación a otras partes del mundo se debe, sobre todo, como es particularmente evidente en las Américas y en especial en Estados Unidos, a las corrientes migratorias sicilianas y a la específica evolución de sus colonias en las diversas realidades sociales de los países de nuevo asentamiento. Las otras mafias que han proliferado por las diferentes regiones, a menudo muy distantes entre sí (las cercanas constituidas por la *‘ndrangheta* calabresa y por la camorra napolitana y, un poco más lejos, la clásica marsellesa y, ahora, la turca, la colombiana, la japonesa y la rusa), son fenómenos de fundamental y casi exclusiva naturaleza criminal, de las que se pueden destacar –sólo en relación con ciertos aspectos comunes de la organización y del ejercicio de actividades criminales- las afinidades con la mafia siciliana. El recurso ya habitual a una misma palabra para definir las a todas, si bien a veces puede favorecer una conveniente simplificación del lenguaje, es desde luego desorientador de la interpretación. Sin las adecuadas precauciones, nos exponemos a un riesgo similar a cuando se usa la palabra ‘fascismo’, nacida de una específica experiencia de la historia italiana, para indicar el nazismo, el franquismo y otros análogos fenómenos totalitarios de entreguerras”. MARINO, G.C., *Historia de la mafia. Un poder en las sombras...*, cit., p. 25.

de organización jerárquica, cuando se produce la alianza entre la alta burguesía, la aristocracia latifundista de Sicilia y los cabecillas sociales, pasando ese juramento de no testificar a la llamada *omertà*, a saber, cuando se ingresa en la organización se realiza un juramento por el que se compromete el nuevo integrante a no revelar nada de lo visto y oído a la justicia, siendo punible la revelación de las actividades realizadas por la mafia con la muerte del delator. En estas circunstancias, la aristocracia gracias a esta organización controlaba toda Sicilia, imponiendo su propia ley y actuando al margen de la establecida por el Estado italiano. Por todo ello, esta formación se convierte en un elemento destabilizador del Estado, sembrando el terror en todo el país -sirva como ejemplo el hecho de que se le atribuye aproximadamente 4.000 asesinatos-.

Es a partir de 1980 cuando se decide, en un intento por destruir esta organización, introducir grandes novedades en la legislación italiana, entre las que destacan: la aparición de un subtipo de “asociación ilícita”, regulada en el art. 406 del Código Penal Italiano, la “asociación mafiosa”, introduciendo un nuevo precepto en el Código Penal, el art. 406-bis; y la implantación de la videoconferencia en el proceso penal como mecanismo útil para la declaración de mafiosos arrepentidos.

Esta última medida sirvió en cierto modo para desentrañar la estructura de esta organización tan inescrutable, pues apenas se

conocía su funcionamiento²⁵⁸, así como terminar con su aura de impunidad e imbatibilidad, pues los capos mafiosos, a través no de una guerra sucia, sino con todos los mecanismos de los que se puede disponer por un Estado de Derecho, pueden ser enjuiciados y condenados a penas de prisión²⁵⁹.

- a) De la legislación de emergencia a la normalización de la aplicación de la videoconferencia en el proceso penal

La legislación penal, tanto material como formal, que se desarrolló en Italia a partir de 1982 para combatir la mafia representa la típica fórmula normativa de emergencia, con todos los defectos que conlleva este tipo de regulación: aproximación, caos,

²⁵⁸ Así por ejemplo Giovanni Falcone dice que aprendió más de la Cosa Nostra en cuatro años con las declaraciones del superarrepentido Tomasso Buscetta que en veinte. FALCONE, G., PADOVANI, M., *Cosas de la Cosa Nostra...*, cit., p. 42.

²⁵⁹ Sobre los orígenes de la Mafia, y su estructura organizativa citados en este epígrafe y en el supuesto de que se desee obtener una visión más completa de la misma se recomienda consultar las siguientes obras: DICKIE, J., *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana* (trad. RAMOS, F.), ed. Debolsillo, Barcelona, 2008, MARINO, G.C., *Historia de la mafia. Un poder en las sombras...*, cit. También es interesante consultar en aras a conocer mejor el *modus operandi* de la Cosa Nostra las experiencias contadas por Giovanni Falcone como Juez antimafia, en colaboración con Marcelle Padovani en FALCONE, G., PADOVANI, M., *Cosas de la Cosa Nostra...*, cit.

rigurosidad represiva, simbolismo y caducidad en términos de garantías²⁶⁰.

Después de la II Guerra Mundial, se consolida y expande un fenómeno delictivo, que si bien no era nuevo, comienza a alcanzar índices criminógenos muy preocupantes: el crimen organizado en todas sus variantes. Por ello, los Estados se ven obligados a dar respuestas a estas manifestaciones criminales.

Así en Italia, se inicia una seria de reformas, siempre con carácter experimental, y por tanto sus normas poseen una escasa validez temporal, al irse aprobando nuevas normas en un breve lapso de tiempo que van sustituyendo a las anteriores, principalmente referidas a la regulación de beneficios penales o penitenciarios dirigidos a aquellos componentes de asociaciones delictivas que decidan declarar contra sus colegas, favoreciendo de esta forma la persecución de dichos delitos²⁶¹.

Esta nueva legislación trae tres frentes de reforma: penal, penitenciaria y procesal, destacando en nuestro caso, la legislación de emergencia de carácter procesal referida a la introducción de la videoconferencia en el proceso penal. Debemos destacar en este punto, que la génesis de su regulación devino como mecanismo complementario en aras a garantizar la seguridad de los *pentiti* en

²⁶⁰ MOCCIA, S., *La perenne emergenza*, ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, p. 53.

²⁶¹ Al delincuente arrepentido se le concederían beneficios de carácter penal y/o penitenciario.

la lucha contra la Cosa Nostra, acontecimiento que a continuación vamos a pasar a explicar.

En 1982, por Ley núm. 646, de 13 septiembre de ese mismo año²⁶², se introdujo por su art. 1 una nueva figura delictiva: “asociación de tipo mafioso”, añadiendo un nuevo precepto al Código Penal: el art. 416 bis. A su vez se aprueba una serie de normas consecutivas, una va sucediendo a la anterior en un breve lapso de tiempo, incorporadas al ordenamiento jurídico a través de legislación de urgencia –por Decreto-Legislativo o Decreto-Ley-. Estas reformas vienen referidas a la introducción en materia penitenciaria de la figura de los llamados “arrepentidos” (*pentiti*) y en segundo lugar a la utilización de la videoconferencia en el proceso penal como método de auxilio en las declaraciones de los *pentiti* y demás testigos, así como de la participación de los imputados-acusados en el procedimiento. La introducción de la figura de los *pentiti* fue todo un éxito. El primer arrepentido fue un mafioso llamado Tomasso Buscetta, y gracias a su declaración en el proceso que se siguió en Palermo –considerado como el primer *maxiproceso* de la historia judicial-, en un aula-búnker construida al efecto en el subsuelo de la prisión de dicha ciudad, con altas medidas de seguridad y de vigilancia²⁶³, se pudo condenar a 457

²⁶² Gazz. Uff. núm. 253, de 14 de septiembre.

²⁶³ La seguridad fue tal, que incluso los magistrados que conformaban el tribunal, no salieron en sus deliberaciones del aula búnker. Estuvieron dos semanas

mafiosos, aplicándose precisamente en este juicio por primera vez el art 416-bis del *Codice Penale*, dando incluso nombre a la doctrina asentada por este tribunal como *teorema Buscetta*²⁶⁴.

Este proceso constituyó un gran golpe a la mafia, y en aras a continuar por estas mismas líneas de actuación, se decidió insertar nuevos elementos que facilitaran la declaración de testigos y *pentiti*, y a su vez evitaran la peligrosidad de fuga en el traslado de los imputados-acusados desde el centro penitenciario al juzgado, sin la necesidad de construir un aula-búnker, a modo de Sala de vistas, bajo la prisión en la que se hallaran encarcelados preventivamente los delincuentes mafiosos.

De este modo, se introdujo la participación a distancia por medio de videoconferencia en el proceso penal en el país transalpino, en concreto por el art. 7 del Decreto legislativo de 8 de junio de 1992, núm. 306, convalidado posteriormente por Ley de 7 de agosto de 1992, núm. 356. En virtud de este art. 7, el medio de

literalmente viviendo allí, sin contacto alguno con el exterior, con la clara finalidad, aunque por otro lado pensándolo fríamente, terrorífica, de que no fuera alguno de ellos asesinados y quedarse el maxijuicio sin sentencia de condena.

²⁶⁴ Se conoce como *Teorema Buscetta* las declaraciones efectuadas por el arrepentido que da nombre a esta teoría, Tomasso Buscetta, en el maxiproceso de Palermo y que posteriormente recogió la sentencia de la *corte di assise* de esa misma ciudad, en la que se desvelaba que la *Cosa Nostra* era una organización única, estructurada jerárquicamente, dirigida por una Comisión, cuyos líderes, los cuales no solían perpetrar directamente actos delictivos, sino más bien ordenarlos, podían por este hecho ser acusados o condenados como responsables de las actividades criminales que se llevaban a cabo con la finalidad de beneficiar a la organización mafiosa.

telecomunicación que estamos estudiando, fue empleado por vez primera en el enjuiciamiento contra los delincuentes mafiosos que perpetraron los atentados contra los magistrados anti-mafia Giovanni Falcone y Paolo Borsellino. Siendo dable destacar su empleo en el proceso seguido contra Giulio Andreotti. Como hemos mencionado anteriormente, gracias a la declaración de Tomasso Buscetta, el 16 de diciembre de 1987, se falló una sentencia histórica en Italia: la condena a 457 miembros de la mafia. La instrucción de este proceso fue llevada a cabo por los magistrados Giovanni Falcone y Paolo Borsellino. Estos fueron los que se encargaron de convencer a Buscetta, para que declarara en contra de sus compañeros, pero a su vez, también intentaron que revelar los vínculos político-mafiosos, es decir, los lazos entre la mafia y los políticos que actuaban al servicio de la misma. Esto no lo consiguieron en vida, pero sí *post-mortem*. Cuando ambos fueron asesinados, Buscetta cambió de parecer –tal vez movido por un sentimiento de venganza hacia sus antiguos colegas, pues Buscetta como mafioso al más puro estilo clásico admiraba a las personas con gran valentía, como era el caso de Falcone, teniendo también presente que fue un atentado que dejó completamente sobrecogida a toda Italia y a la mayor parte del mundo- y decidió revelar los nombres de los políticos que mantenían relaciones con la mafia.

Esto fue todo un escándalo en Italia, pues se acusaba de hallarse vinculado a la Cosa Nostra, nada más y nada menos que a Giulio Andreotti: ministro del Interior en 1954 y de Finanzas en 1955, presidente del Gobierno en 1972-1973, 1976, 1978-1979 y primer ministro en 1989. En 1993 se celebró el juicio entre fuertes medidas de seguridad, cuyo testigo de cargo principal contra Andreotti fue Tomasso Buscetta. Buscetta, por evidentes razones de seguridad, no fue llevado al recinto en el que se celebraba el juicio, sino que declaró a través de videoconferencia²⁶⁵.

En un primer momento esta ley de 1992, estaba dirigida a la prueba testifical de las personas incluidas en los programas de protección, y muy particularmente a los *pentiti*, como hemos explicado anteriormente, pero su ámbito de aplicación terminó extendiéndose a los casos de posible incomparecencia del testigo²⁶⁶, por miedo a realizar sus declaraciones ante la mirada de

²⁶⁵ Sin embargo, en este caso, el testimonio de cargo de Tomasso Buscetta no sirvió para inculpar a Andreotti y demás políticos acusados, pues se les absolvió en 1999 en primera instancia por el Tribunal de Palermo por falta de pruebas; y posteriormente en apelación por el Tribunal de Apelación de Palermo por dos motivos: el primero porque de los delitos por los que se le acusaba a partir de 1980 no existían pruebas suficientes para su incriminación, y respecto de los cometidos con anterioridad a esa fecha, sí quedó acreditada su participación pero habían prescrito. Y en este último sentido los miembros de la Corte de Apelación de Palermo, en su sentencia llegaron a afirmar que “de estos hechos el senador Andreotti responderá, en todo caso, ante la historia”. Sentencia *Corte di Appello* de Palermo de 2 de mayo de 2003, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

²⁶⁶ De hecho, en Italia se hace una distinción por parte de la doctrina entre la declaración por videoconferencia del imputado-acusado de la del testigo, como

los delincuentes mafiosos y a los supuestos de nueva asunción de pruebas declarativas (art. 495.1 *Codice di Procedura Penale*)²⁶⁷. Posteriormente se dictó la ley de 7 de enero de 1998, núm. 11, que sustituyó a la anterior, extendiendo su ámbito de aplicación a imputados de delitos conexos²⁶⁸, sobretodo, por la problemática de la coordinación de las audiencias de muchos imputados en este tipo de procedimientos que debían participar en diferentes juicios, e igualmente, como veremos más adelante, por el hecho de una nueva interpretación jurisprudencial, en la que distinguía la declaración del acusado en calidad de inculpado, de la de testigo respecto de los hechos enjuiciados en los que él no tuviera relación alguna²⁶⁹.

Debido a su carácter experimental, esta última ley tenía una vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 2000 (art. 6 Ley núm. 11 de 1998)²⁷⁰. Al constatarse la efectividad de esta norma, se

se verá *ut infra*, a la primera se le denomina *teleconferenza*, y a la segunda *telesame*.

²⁶⁷ ZAPPALÀ, E., “Introduzione all’udienza telemática”, en *L’essame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata* (coord. ZAPPALÀ, E.), ed. Giuffrè, Milán, 1999, p. 7.

²⁶⁸ El tipo de conexidad existente en estos casos suele ser de carácter subjetivo, por cuanto nos encontramos ante una pluralidad de hechos delictivos cuyos sujetos pasivos son los mismos, dándose de esta forma el requisito de identidad subjetiva para que haya conexión de delitos.

²⁶⁹ ZAPPALÀ, E., “Introduzione all’udienza telemática”..., cit., pp. 7-8.

²⁷⁰ Se debe indicar que esta ley fue llevada a la Corte Constitucional de Italia por entenderse que se vulneraba básicamente el derecho de defensa y la presunción de inocencia (en concreto los arts. 3, 10, 13, 24 y 27 de la Constitución Italiana), con la participación a distancia del imputado-acusado. Sin embargo el Tribunal

decidió otorgarle condición permanente y así fue en primer lugar con el Decreto Legislativo de 24 de noviembre de 2000, núm. 341, convalidado por la Ley núm. 4, de 19 de enero de 2001 y finalmente con la aprobación de la Ley núm. 279, de 23 de diciembre de 2002, se derogó definitivamente su temporalidad, estando hoy en día vigente en Italia.

De esta forma, la introducción de nuevos elementos en la lucha contra el crimen organizado en Italia, se lleva a cabo a través de una legislación de emergencia, justificable este hecho, ya que en cierto modo tanto la figura del arrepentido como la utilización de la videoconferencia en los juicios penales, tenían un carácter empírico. Conforme se van puliendo los defectos que se van observando en las normas reguladoras anteriores y se aprecia como su inclusión favorece una mejor persecución y enjuiciamiento de los delincuentes pertenecientes a la Cosa Nostra, definitivamente esa regulación realizada a base de normas de carácter temporal, devienen ya definitivamente vigentes.

En la actualidad, son los arts. 146-bis y 147-bis de las disposiciones de actuación del *Codice di Procedura Penale*, los que regulan respectivamente la participación en el juicio oral a

de Garantías italiano, entendió que no se daba tal violación, pues la ley hacía una adecuada regulación de los niveles de garantías exigidos para que se ejercitara adecuadamente el derecho de defensa. Sentencia núm. 342 de la *Corte Costituzionale*, de 22 de julio de 1999, disponible en Base de Datos Juris Data: <http://www.iuritalia.com> (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007).

distancia de los acusados -*partecipazione al dibattimento a distanza*- y la intervención también en el acto de juicio oral de las personas colaboradoras con la justicia -los arrepentidos- y de los imputados de delitos conexos -preceptos que analizaremos a continuación-.

b) Participación a distancia del acusado

En el proceso penal italiano, el artículo 146-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., como acabamos de indicar, se regula el seguimiento del acusado de su propio juicio a través de videoconferencia desde el centro penitenciario en el que se halla recluso, bien preventivamente, bien como reo en cumplimiento de condena por otros delitos.

Esta posibilidad viene proyectada a dos supuestos: al acto de juicio oral y al denominado *procedimento in camera di consiglio*, procedimiento que adelantemos ya, no tiene un homólogo en el proceso penal español, tal vez el más parecido por la finalidad perseguida y no por sus características procedimentales sea el enjuiciamiento rápido para determinados delitos. Pues ambos procesos tienen como última *ratio* obtener un fallo inmediato y sin esperas procedimentales.

a') En el acto de juicio oral

En el acto de juicio oral los requisitos operativos que se deben dar para decretar la participación del sujeto activo desde el centro penitenciario en el que se encuentra encarcelado vienen fijados en los apartados 1 y 1-bis del citado precepto.

El apartado 1, exige la concurrencia de dos presupuestos: uno subjetivo y otro objetivo. En primer lugar, atendiendo al sujeto activo del delito que se va a enjuiciar, debe tratarse de un imputado que vaya a ser juzgado por los delitos especificados en el art. 51, apartado 3-bis, y en el art. 407, apartado 2, letra a), n.4, del C. P. P., y en segundo lugar, ha de encontrarse, en cualquier título, en un centro penitenciario, es decir, bien sea como preso preventivo, bien como reo hallándose cumpliendo condena por otro delito.

En consecuencia, se aplicará a los autores, en todas sus formas, de delitos relaciones con el crimen organizado. En suma, se trataría de integrantes de asociaciones constituidas para cometer delitos de tráfico de esclavos y personas (art. 461.6 *Codice Penale*), de autores de delitos contra la libertad de las personas, relacionados con la esclavización, venta de esclavos y trata de personas (arts. 600, 601 y 602 *Codice Penale*), autores del delito de secuestro (art. 630 *Codice Penale*), integrantes de asociaciones narcotraficantes

(art. 74 del Decreto n. 309, de 9 de octubre de 1990)²⁷¹ y autores del delito de contrabando de tabaco (art. 291-quater del Decreto n. 43, de 23 de enero de 1973)²⁷².

Cumplíendose estos presupuestos, se deben observar una serie de condiciones objetivas para decretar esta modalidad de participación virtual del imputado-acusado en su propio juicio. En concreto, si con su presencia en la Sala de Audiencias se corre un grave riesgo de seguridad o puede alterar el orden público, o si el juicio es particularmente complejo y se requiere la utilización de medios audiovisuales, para evitar de esta forma retrasos en su desarrollo. La Ley entiende que la valoración para determinar cuándo se deben emplear los medios de comunicación audiovisuales en aras a evitar retrasos innecesarios en el desarrollo del plenario se puede realizar también sobre los hechos criminales imputados al mismo acusado que sean coetáneamente enjuiciados en diferentes procesos seguidos a su vez en distintas sedes judiciales²⁷³.

²⁷¹ Gazz. Uff., n. 255, de 31 de octubre de 1990.

²⁷² Gazz. Uff., n. 80, de 28 de marzo de 1973.

²⁷³ Tal y como hemos indicado «el Art. 146-bis de las normas de actuación, prevé la operatividad de la institución de la “participación a distancia” sólo en presencia de una específica condición objetiva –y no es otra que “se proceda por alguno de los delitos indicados por el art. 51.c.3-bis C.P.P.”- y siempre que subsista también uno de los presupuestos alternativamente previstos (graves razones de seguridad o de orden público; juicio de particular complejidad), con necesidad de evitar retrasos en su desarrollo; aplicación de las medidas a las que se refiere el art. 41.bis de la Ley núm. 354/7», en consecuencia, «la limitación expresa a la categoría de delitos así individualizada cuál objeto de comprobación

Estas dos condiciones objetivas legitimadoras para decretar la asistencia y posible intervención del acusado en el juicio oral – “graves razones de seguridad y de orden público” y “enjuiciamiento de particular complejidad”, son conceptos muy indeterminados, en los que puede caber cualquier situación que así venga fijada por el juez competente para decretar dicha participación.

En lo que respecta a las graves razones de seguridad y de orden público, CURTOTTI NAPPI, señala que la mayoría de la doctrina y la *voluntas legis* expresada en las labores preparatorias de la ley 11/1998 sostienen que “las razones de seguridad” devienen como garantes de la tutela colectiva de la sociedad, erigiéndose esta tutela colectiva en la base fundamental que habilita que la participación a distancia del acusado venga admitida cuando intervenga en el juicio un colaborador de la justicia, no detenido, el cual está sometido a grandes medidas de seguridad y de protección²⁷⁴. No parece desprenderse del tenor de ese precepto ni de las labores parlamentarias preparatorias, como última *ratio* de este requisito el

judicial (en el eventual “juicio a distancia”) excluye el resto de procedimientos que no tienen por objeto alguna previsión anterior, y por eso mismo también “el de prevención”». Sentencia de la Corte Suprema, en Casación Penal, núm. 612, Sección VI, de 8 de febrero de 2000, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

²⁷⁴ CURTOTTI NAPPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale...*, cit., pp. 127-128.

hecho de proteger a la sociedad en un sentido colectivo, y no a título individual a la persona colaboradora con la justicia.

Por ejemplo, el honorable diputado Pietro Folena, en su intervención en la sesión de 15 julio en la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados sobre el examen de los proyectos de Ley n. 481, n. 1602, n. 1845 y n. 3632, poniendo como texto base el proyecto de ley gubernativo n. 1845, es decir, los proyectos de Ley que posteriormente se aprobarían como una única ley: Ley núm. 11, de 7 de enero de 1998, defendiendo la participación a distancia del acusado desde el centro penitenciario por razones de seguridad argumentaba que: “Con tal sistema, además, se evitaría la posibilidad de que los presos particularmente peligrosos y que revisten todavía un papel de relieve en el ámbito de las organizaciones criminales puedan comunicarse entre ellos con ocasión de la común participación en el acto de juicio oral, dando órdenes al resto de miembros de la asociación criminal...confirman tales conclusiones los datos contenidos en una reciente relación del Ministerio del interior al Parlamento sobre los programas de protección de los colaboradores de justicia, del que se desprende que, solamente en los primeros seis meses del año en curso, se han registrado unos 8000 citas a comparecer colaboradores por una media de cincuenta-sesenta colaboradores al día que se desplazan a lo largo del territorio nacional; quedando inalterada tal tendencia, al final del año habrán sido ejecutados 16.000 servicios de

acompañamiento y de escolta para otros tantos colaboradores que se habrán desplazado de una parte a la otra de la península²⁷⁵. No parece desprenderse del discurso de FOLENA que su apoyo a dicho proyecto de ley sea únicamente por motivos de tutela colectiva, sino que realiza una clara alusión a los colaboradores de justicia, al peligro que estos corren, y al gran despliegue económico que hay que prestar en materia de escolta para proteger sus vidas de posibles ataques por parte del entorno asociativo criminal.

No obstante, la doctrina sí que se halla dividida a este respecto, algunos autores, se decantan por entender que los proyectos de ley citados comprendían realmente todo tipo de situaciones en las que existiera un peligro tanto a título individual como colectivo²⁷⁶, mientras que otros consideran que la participación a distancia del imputado obedece a evitar el llamado “turismo judicial”²⁷⁷, es decir, el acercamiento en masa de público a la Sala de Audiencias con la única finalidad de sentirse próximos al riesgo al estar prácticamente en contacto con un criminal peligroso.

²⁷⁵ Intervención disponible en: http://www.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg13/lavori/bollet/199707/0715/html/02/&pagpro=22n2&all=off&commis=02

(fecha de consulta: 18 de noviembre de 2008), también se puede consultar en DALIA, A. A., “Sintesi dei lavori parlamentari”, en AA. VV., *L'essame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata...*, cit., p. 286.

²⁷⁶ KALB, L., “Le partecipazione a distanza al dibattimento”, en AA. VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti : commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11 (c.d. legge sulla videoconferenza)...*, cit., p. 41.

²⁷⁷ VINCENZO MOLINARI, P., “Videoconferenze e procedimento di prevenzione”, en *Cassazione penale*, núm. 10, 2000, p. 2782.

En realidad pueden darse dos circunstancias para proteger al colaborador de justicia. Por un lado, el acusado no acude al acto del juicio oral y participa en el mismo a distancia, sin que exista de este modo la más mínima posibilidad de que el inculpado agreda al testigo. Pero por otro lado, existe la posibilidad de que precisamente por razones de seguridad, en virtud del art. 147-bis de las normas de actuación del C.P.P., sea el colaborador el que declare a través de videoconferencia. Además, se debe tener en cuenta que el ámbito subjetivo de este precepto, el art. 146-bis, viene fijado a acusados de pertenecer a organizaciones criminales complejas, mafia, narcotráfico o terrorismo, en las que cualquiera de sus miembros, con tal de que desaparezcan las únicas pruebas incriminatorias contra alguno de sus colegas acusados, puede perfectamente atentar contra la vida de los testigos de cargo.

En consecuencia, si bien puede proteger a título individual a las personas que van a comparecer en el acto de la vista, más bien con esta condición objetiva se está protegiendo realmente a la sociedad en su conjunto, pues al intervenir y seguir el juicio desde la cárcel, se evitan posibles riesgos de fugas y que el proceso llegue a su fin habitual, que es la sentencia, evitando de esta forma que determinados delitos queden impunes.

En este orden de cosas, determinar qué se entiende por razones de seguridad y de orden público, es algo bastante complejo. La doctrina viene dividiendo el orden público en dos sentidos, el

material y el ideal. El orden público material es sinónimo de pública tranquilidad, de seguridad colectiva, la cual comprenderá la salvaguarda de la seguridad de las personas y de sus libertades individuales, tratándose de una situación de hecho que para su consecución se auxilia de las normas del Derecho Administrativo, del Derecho Penal o del Derecho Constitucional. En su segunda vertiente, orden público ideal –también denominado normativo–, es aquél que está formado por un sistema de normas y principios, cuyo cumplimiento y respeto resulta imprescindible para la supervivencia del propio ordenamiento jurídico, y del sistema de convivencia social²⁷⁸.

Mientras el orden público material es un objeto de tutela, y en cuanto tal adquiere relieve constitucional en las acepciones de seguridad pública e indemnidad, el orden público ideal, en cuanto expresión de los principios que son la base del ordenamiento, opera como *ratio* del entero sistema penal y su fundamento no puede ser más que reconocido en el deber de observar la Constitución y las leyes, consagrado en el art. 54 de la Constitución de la República

²⁷⁸ Sobre el concepto de orden público material e ideal consultar LLOPIS GINER, J.M., “El orden público: módulo general delimitativo de licitud”, en *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente* (coord. PRATS ALBENTOSA, L.), ed. Universitat de València, Departament de Dret Civil, Valencia, 1996, p. 286 y KALB, L., “La partecipazione a distanza al dibattito”..., cit., pp. 46-47.

de Italia²⁷⁹. Esto implica que en cumplimiento de este precepto constitucional, en el momento en el que el legislador deba recurrir a la tutela del orden público, le obliga a respetar los principios constitucionales garantizados y, por tanto, con relación a la reforma que estamos examinando, le exhorta a elaborar una regulación normativa en la que no se produzca ninguna violación del derecho de defensa²⁸⁰.

Más fácil de determinar será el hecho de que un enjuiciamiento pueda ser complejo. Tratándose de delitos pertenecientes a la esfera del crimen organizado, tanto su instrucción como posterior enjuiciamiento resultarán tediosos y complicados. En la gran mayoría de estos supuestos, existe un gran número de imputados y de testigos, una gran cantidad de imputaciones delictivas realizadas por la acusación, un cuantioso número de pruebas, que a su vez están provistas de una cierta dificultad y complejidad a la hora de practicarlas, sin pasar por alto, el tiempo necesario para profundizar y fundamentar una acusación relativa a cada imputado-acusado, el cuál será mucho más prolongado, que para otro tipo de delitos²⁸¹.

²⁷⁹ Art. 54 Constitución Italiana: “Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes. Los ciudadanos a lo que se confían funciones públicas tienen el deber de cumplir con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley”. Disponible en: <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.pdf> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

²⁸⁰ KALB, L., “La partecipazione a distanza al dibattimento”..., cit., p. 47.

²⁸¹ CURTOTTI NAPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2006.

Dicho esto, queda claro que precisamente estos son los parámetros que se han de tener en cuenta a la hora de valorar cuando un proceso reviste de particular complejidad²⁸².

En el apartado 1.bis del art. 146-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P. se establece una excepción al apartado anterior, pues fuera de los casos previstos en el art. 146-bis.1 la participación en la vista deviene a distancia en relación con los detenidos a los que se le hayan aplicado las medidas del art. 41-bis, apartado 2, de la Ley núm. 354, de 26 de Julio de 1975. A diferencia de las condiciones objetivas para la determinación de la asistencia virtual del imputado-acusado en el juicio oral del apartado 1 del art. 146-bis –seguridad y orden público y particular complejidad-, no presenta problemas de interpretación esta disposición “privilegiada”²⁸³, pensada para el crimen organizado, pues sus criterios se hallan enunciados de forma muy específica y

²⁸² En este sentido vid. sentencia Corte Suprema de Italia, casación penal (*cassazione penale*), sección VI, núm. 3504, de 3 de noviembre de 1999: “La particular complejidad de la vista, como causa de justificación de la suspensión de los plazos de custodia, en efecto, ha sido reconocida en relación al número elevado de los acusados, a la dificultad y a la delicadeza de las cuestiones sometidas a la consideración del Juez de Apelación, al relevante número de las solicitudes de renovación de la vista sumarial...”, disponible en Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2008). Y en un razonamiento similar, consultar Sentencia de la Corte Suprema de Italia, casación penal (*cassazione penale*), Sección IV, núm. 15145, de 4 de abril de 2006, haciendo referencia al número de las partes, de los imputados o de la gravedad de las imputaciones, como parámetros para determinar la complejidad de un proceso, disponible en Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2008).

²⁸³ KALB, L. “Le partecipazione a distanza al dibattimento”..., cit., p. 55.

taxativa de tal manera que no deja ningún margen de maniobra al juez²⁸⁴.

De esta forma, no cabe ningún criterio hermenéutico por parte del juez a la hora de aplicar el art. 41.bis, ya que este precepto establece que “cuando se repitan graves motivos de orden público y de seguridad, también a propuesta del Ministerio del Interior, el Ministro de Justicia tiene la facultad de suspender, en todo o en parte, con respecto a los detenidos o reclusos por alguno de los delitos mencionados en el primer inciso del apartado 1 del art. 4-bis²⁸⁵, en relación con elementos que hagan sospechar la existencia de enlaces con una asociación criminal, terrorista o subversiva, la aplicación de la regla de tratamiento y de las instituciones previstas en la presente ley que puedan ofrecer en concreto contraste con la exigencia de orden y seguridad. La suspensión comporta la restricción necesaria para la satisfacción de las antedichas exigencias y para impedir los enlaces con las asociaciones referidas en el período anterior”²⁸⁶.

Las limitaciones impuestas en el art. 41-bis del ordenamiento penitenciario como presupuestos necesarios en la adopción de la

²⁸⁴ CURTOTTI NAPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale...*, cit., p. 147.

²⁸⁵ Es decir, todos los relacionados con el crimen organizado, principalmente, terrorismo, tráfico de drogas y mafia.

²⁸⁶ El art. 41-bis, apartado 2 de la Ley núm. 354 de 26 de Julio de 1975, se halla disponible en la Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

participación del imputado-acusado a través de videoconferencia en el proceso penal, se pretendían haber introducido en los proyectos de ley números 481 y 1845, con la finalidad de predisponer una mejor delimitación del ámbito de aplicación del nuevo modelo de participación a distancia del inculpado en el acto de la vista, aprobado finalmente por Ley núm. 11, de 7 de enero de 1998²⁸⁷. Estos presupuestos no se incluyeron entonces, pero el art. 15 apartado 1, letra b), del Decreto Ley núm. 341 de 24 de noviembre de 2000, añadió al art. 146-bis, el apartado 1-bis, introduciéndose de este modo finalmente las exigencias del art. 41-bis del ordenamiento penitenciario.

Hemos de añadir que el apartado 1-bis del art. 146 de las normas de actuación del C.P.P., además de responder a exigencias de determinación y taxatividad²⁸⁸, tiene como consecuencia inmediata recluir a detenidos particularmente peligrosos, atendiendo al papel relevante que desempeñen en las organizaciones criminales, privando de esta forma en el acto de la vista con su participación virtual la impartición de órdenes al resto de miembros de la asociación ilícita. En cualquier caso, en aras a

²⁸⁷ Vid. en este sentido las intervenciones del Senador Folena en la sesión de 15 de Julio de 1997, disponible en <http://www.camera.it> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2008) y de los Senadores Mantovano y Gazzilli en la sesión de 15 de Julio de 1995, disponible en: <http://www.camera.it> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2008). Sesiones todas ellas relativas al debate de aprobación de los proyectos de leyes n. 481, n. 1602, n. 1845 y n. 3632, tomando como texto base el Proyecto de ley n. 1845.

²⁸⁸ KALB, L. “Le partecipazione a distanza al dibattimento”..., cit., p. 55.

salvaguardar los derechos del acusado que así participe en el juicio, se introducen una serie de observaciones. Existe la obligación de notificar con una antelación de 10 días al inicio del mismo la decisión que se ha tomado en este sentido²⁸⁹, teniendo en cuenta que la no observancia de este hecho, no produce nulidad alguna, sino una simple irregularidad²⁹⁰. Un auxiliar del juez debe hallarse en el lugar habilitado para el imputado-acusado²⁹¹, ubicación desde la que este seguirá el juicio a través de videoconferencia, con la finalidad de comprobar que todo funciona correctamente y dar fe de que el acusado sigue el acto del juicio y que se trata precisamente de su persona²⁹².

Con todo, y en la misma línea de garantizar los derechos del imputado-acusado en su participación a través de videoconferencia, como nada viene expresamente previsto en la Ley, la Corte

²⁸⁹ Vid. Sentencia Corte Suprema en Casación Penal, núm. 19872, Sección I, de 4 de mayo de 2005, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

²⁹⁰ Sentencia Corte Suprema en Casación Penal, núm. 46245, Sección II, de 23 de noviembre de 2005, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

²⁹¹ Los auxiliares judiciales (tradicionalmente denominados *cancellieri*), son sujetos que operan junto a figuras del proceso, por así llamarlas “primarias” con competencias híbridas, desarrollando generalmente actividades de asistencia, de documentación y de ejecución. Por intentar trasponer su figura en España, realizaría funciones similares a las de nuestro Secretario Judicial.

²⁹² A este respecto, la Corte Suprema, ha entendido que el interrogatorio realizado a distancia al imputado detenido mediante el sistema de videoconferencia, es igualmente válido si se realiza en presencia de un agente de custodia y no de un auxiliar judicial. Sentencia Corte Suprema en Casación Penal, núm. 25662, Sección I, de 20 de mayo de 2004, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2009)

Suprema ha declarado su inaplicabilidad en el procedimiento de prevención. Ello es debido a que según este tribunal, el sistema de participación a distancia del acusado, solamente puede entrar en funcionamiento cuando se den las condiciones objetivas especificadas por el art. 146.1 y 146.1-bis, es decir cuando nos encontremos ante alguno de los delitos indicados en el art. 51.3-bis C.P.P., deviniendo por tanto tal institución inoperante en el procedimiento de prevención al no existir ningún supuesto punitivo²⁹³.

Por último, resulta muy interesante señalar que además de esta participación a distancia del acusado en los procesos penales seguidos en Italia, se añadió a través de la Ley núm. 367, de 5 de octubre de 2001, un nuevo precepto en las disposiciones de actuación del C.P.P., el art. 205 *ter*, en virtud del cual, en defecto de convenio internacional, se podrá emplear la videoconferencia con otros países para la audición de testigos, peritos y detenidos en el extranjero que no puedan ser trasladados a Italia²⁹⁴.

²⁹³ Sentencia Corte Suprema en Casación Penal, núm. 612, Sección VI, de 8 de febrero de 2000, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2009).

²⁹⁴ Art. 205.ter de las Disposiciones de Actuación del C.P.P.: “Participación en el proceso a distancia para el acusado detenido en el extranjero. 1. La participación en la audiencia del acusado detenido en el extranjero, que no pueda ser trasladado a Italia, tiene lugar a través de enlace audiovisual, cuando se encuentre previsto en acuerdos internacionales y según la regulación en ellos contenida. En lo no expresamente regulado por los acuerdos internacionales, se aplica lo previsto en el artículo 146-bis. 2. No puede procederse a emplear enlace audiovisual si el Estado extranjero no asegura la posibilidad de la presencia del

Este precepto, después de la aprobación del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del año 2000, no va a resultar operante con respecto a los países miembros de la Unión Europea, dado que solamente será susceptible de aplicación en aquellos casos cuyos sujetos procesales se encuentren en un país no miembro de la Unión, y que no tenga con Italia suscrito ningún convenio bilateral que contemple esta posibilidad. Si tenemos en cuenta, que cada vez más se firman entre los Estados tratados bilaterales sobre asistencia judicial en materia penal, y que se va incluyendo el uso de la videoconferencia para las declaraciones de testigos, peritos e imputados-acusados en dichos acuerdos internacionales, el mencionado precepto tiene un ámbito de aplicación muy reducido.

Con todo, a pesar de la doctrina pacífica de la Corte Suprema italiana sobre la viabilidad de emplear este sistema audiovisual para la comparecencia del acusado en su propio juicio y a pesar del

defensor o de un sustituto en el lugar en que es asumido el acto y si este último no tiene posibilidad de hablar confidencialmente con su defendido. 3. El acusado tiene derecho a la presencia de intérprete si no conoce el idioma del lugar donde el acto se está llevando a cabo o el usado para dirigirle las preguntas. 4. La detención del acusado al extranjero no puede comportar la suspensión o la dilación de la audiencia cuando es posible la participación en la audiencia a través de enlace audiovisual, en los casos en los que el acusado no da el consentimiento o rechaza asistir. Se observan, en cuanto aplicables, las disposiciones del artículo 420-ter del código. 5. La participación en la audiencia por enlace audiovisual del testigo o perito se desarrolla según las modalidades y los presupuestos previstos por los acuerdos internacionales. En lo no expresamente regulado, se aplica, si es compatible, la disposición del artículo 147-bis”.

tiempo que lleva ya regulada esta forma de comparecencia del acusado en Italia, lo cierto es que todavía no ha sido asimilado por los juristas del país transalpino²⁹⁵.

De este modo, se ha seguido recurriendo estas decisiones, sin éxito alguno, así en la Sentencia de 29 de marzo de 2013, de la Corte de apelación de Florencia, se confirma esta doctrina de la Corte Suprema de Italia indicando que la comparecencia del acusado a través de videoconferencia en la Vista no vulnera su derecho de defensa²⁹⁶.

b') En el *processo in camera di consiglio*

Además de la regla general que hemos visto en el art. 146-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., sobre participación a distancia del acusado en el acto de juicio oral, existe otra disposición, en concreto el art. 45-bis, también de dichas disposiciones, el cual establece la participación del imputado-acusado en el procedimiento *in camera di consiglio*²⁹⁷.

²⁹⁵ UBERTIS, G. “La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia”, en *Cassazione Penale*, núm. 2, 2014, pág. 0606B, disponible en Base de Datos DeJure: <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 30 de junio de 2014).

²⁹⁶ Sentencia disponible en Base de Datos DeJure: <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 24 de mayo de 2014).

²⁹⁷ Art. 45.bis de las disposiciones de actuación del C.P.P.: “1. En los casos previstos por el artículo 146-bis, apartados 1 y 1-bis, la participación del imputado-acusado o del condenado en la audiencia en el procedimiento en

El Código de Procedimiento Penal italiano emplea la expresión “camera di consiglio” para indicar dos situaciones bien diferentes: una referida a la retirada del juez después de finalizar todo el procedimiento probatorio, para deliberar y formar su convicción sobre la cuestión que ha de decidir (art. 125 C.P.P.), y por otro lado hace referencia a un tipo de procedimiento regulado en su art 127, sentido que nos ocupa²⁹⁸.

camera di consiglio deviene a distancia. 2. La participación a distancia es dispuesta por el juez por *ordinanza* o por el presidente del colegio por *decreto* fundado, los cuales son comunicados o notificados juntamente al aviso establecido en el artículo 127, apartado 1, del código. 3. Se aplican, en cuánto compatibles, las disposiciones previstas por el artículo 146-bis, apartados 2, 3, 4 y 6”. Disponible en la Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 10 de junio de 2014).

²⁹⁸ Art. 127 C.P.P.: “1. Cuando se tiene que proceder en cámara de consejo, el juez o el presidente del colegio fija la fecha de la audiencia y hace dar aviso de ello a las partes, a las otras personas interesadas y a los defensores. El aviso es comunicado o notificado al menos diez días antes de la fecha antedicha. Si el acusado está carente de defensor, el aviso es dado al de oficio. 2. Hasta cinco días antes de la audiencia pueden presentarse memorias en el registro. 3. El Ministerio Público, los otros destinatarios del aviso además de los defensores son sentidos si comparecen. Si el interesado es detenido o internado en lugar puesto fuera de la circunscripción del juez y hace solicitud de ello, tiene que ser sentido antes del día de la audiencia por el magistrado de vigilancia del lugar. 4. La audiencia es pospuesta si existe un legítimo impedimento del acusado o del condenado que ha pedido ser sentido personalmente y que no sea detenido o internado en lugar diferente de aquel en que tiene sede el juez. 5. Las disposiciones de los apartados 1, 3 y 4 son previstas bajo pena de nulidad. 6. La audiencia se desarrolla sin la presencia del público. 7. El juez provee con *ordinanza* comunicada o notificada sin retraso a los sujetos indicados en el apartado 1, que pueden proponer recurso de casación. 8. El recurso no suspende la ejecución de la *ordinanza*, a menos que el juez que la ha emitido disponga de otra manera con *decreto* motivado. 9. La inadmisibilidad del acto introductor del procedimiento es declarada por el juez con *ordinanza*, también sin formalidad de procedimiento, salvo que sea establecido de otro modo. Se aplican las disposiciones de los apartados 7 y 8”. 10. El acta de audiencia es redactada

El procedimiento *in camera di consiglio* es un procedimiento abreviado, impuesto por el código cuando se tenga que adoptar una decisión en un breve espacio de tiempo o cuando exista la necesidad de activar un contradictorio de tipo meramente facultativo, o se den ambos factores a la vez. En los casos en los que se deba proceder a este procedimiento, se les notificará este extremo a las partes y a los defensores, matizando que ninguno de ellos está obligado a intervenir en la audiencia, por esto mismo, el contradictorio será de carácter eventual. No obstante, si alguno de ellos decidiera intervenir, el juez, o en su caso el presidente del tribunal, están obligados a escucharles, bajo pena de nulidad, debiendo indicar que el imputado-acusado o el condenado, tienen el derecho a ser oídos²⁹⁹.

Por tratarse de un procedimiento *in camera di consiglio*, en los supuestos a los que se refiere el art. 146 apartados 1 y 1-bis, la Corte Constitucional recuerda que se debe aplicar la regla establecida en el art. 127 apartado 3 C.P.P. -y, para el procedimiento de ejecución, la regulada en el art. 666 apartado 4 C.P.P.-, en cuya virtud, el imputado detenido que se halle en tal calidad en lugar diferente a la circunscripción a la que pertenece el

solamente en forma resumida bajo norma del artículo 140, apartado 2". Disponible en la Base de datos De Jure: [http:// www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

²⁹⁹ TONINO, P., *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2008, pp. 164-165.

órgano jurisdiccional competente para conocer de su asunto, posee la facultad de ser oído, antes de la audiencia que se practicará en *camera di consiglio*, ante el magistrado de guardia competente³⁰⁰, todo ello de conformidad con la sentencia interpretativa núm. 45/1991 de la Corte Constitucional³⁰¹.

Por su parte, la Corte Suprema en casación penal ha reiterado en diferentes ocasiones que cuando nos hallemos ante la especial modalidad de audiencia por videoconferencia, en el sentido del art. 45-bis de las normas de actuación del C.P.P., la omisión de la notificación al defensor de esta forma de participación de su cliente origina la nulidad de todas las actuaciones, incluida la *ordinanza* por la que se decreta la libertad, añadiendo que en los casos en los que el detenido se encuentre en un lugar diferente a la sede del

³⁰⁰ Sentencia Corte Suprema en Casación Penal, núm. 44387, Sección I, de 14 de noviembre de 2001, disponible en Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

³⁰¹ Dicha facultad de ser oído se practicará ante el juez de guardia, porque así lo declaró el Tribunal Constitucional italiano en sentencia núm. 45, de 31 de enero de 1991: “Basta echar un vistazo a los apartados primero y tercero del artículo en cuestión (el art. 127.1 y .3) para per darse cuenta que tanto el imputado como el defensor son autónomamente titulares del derecho a solicitar el nuevo examen de modo que cuando la solicitud a sido propuesta por el imputado, él mismo, más allá de que por medio del defensor, tengo el derecho a explicar aquella actividad. No es pensable que se pueda estar desarrollando ante el juez de guardia delegado, dato que la norma hace explícito referimiento al “juez de revisión” y alude posteriormente al momento temporal “antes del inicio de la discusión”: expresión bien diferente de aquella “antes del día de la audiencia”, de la que el tercer apartado del art. 127 C.P.P., quedando excluido que pueda tratarse del examen por parte del juez de guardia. La norma, por tanto, refleja evidentemente las actividades de la *camera di consiglio* del Tribunal, dónde se desarrolla precisamente la discusión”. Disponible en base de Datos De Jure: <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 14 de junio de 2014).

tribunal competente para conocer del asunto, su abogado debe encontrarse obligatoriamente o bien en la sede del órgano jurisdiccional o en el sitio en el que se encuentre el imputado³⁰².

Atendiendo al sentido literal de la norma, pues habla de “imputado-acusado” y de “condenado”, su aplicación se debe limitar únicamente a las fases del procedimiento penal siguientes a las diligencias preliminares, pues es precisamente en su conclusión, cuando viene señalado el ejercicio de la acción penal, mediante la fórmula de la imputación, adquiriéndose de esta manera el estatus de imputado, pudiendo operarse los mecanismos previstos en este precepto, obviamente, durante la fase de ejecución³⁰³.

No obstante, debemos tener en cuenta que la disposición en examen no puede ser aplicada en la imposición de las medidas de prevención. Así lo ha advertido la Corte Suprema de Italia en casación penal, en su sentencia de 8 de febrero de 2000. La citada resolución, haciendo referencia a la introducción de la disciplina de la participación a distancia en el procedimiento penal del acusado, en virtud de los arts. 146-bis o 45-bis de las disposiciones de

³⁰² Sentencias Corte Suprema de Italia, Casación Penal: núm. 42158, Sección II, de 6 de noviembre de 2002; núm. 19872, Sección I, de 4 de mayo de 2005; núm. 4119, sección VI, de 5 de diciembre de 2006. Todas ellas se encuentran disponibles en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 20 de marzo de 2009).

³⁰³ SACCONI, G., “La partecipazione a distanza al procedimento camerale”, en AA. VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti : commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11 (c.d. legge sulla videoconferenza)* (dirs. DELLA MONICA, G., DALIA, A. A.), vol. 3, ed. Giuffré, Milano, 1998, p. 113.

actuación del C.P.P., teniendo en cuenta que dicho sistema es operativo únicamente cuando exista una imputación por algunos de los delitos mencionados en el art. 51 apartado 3-bis del C.P.P., falla que: «El eventual “debate a distancia”, excluye otros procedimientos que no tengan por objeto alguna previsión punitiva, y por tanto también extensible al de prevención»³⁰⁴.

c) Participación a distancia y práctica de prueba: *il telesame*

Como hemos visto, el art. 146-bis, apartado 3, de las normas de actuación del C.P.P. exige en la utilización de la videoconferencia que la conexión entre el centro penitenciario en el que están los acusados y la Sala de Vistas, o simultáneamente entre los centros penitenciarios en el que se encuentren los acusados, al no hallarse los mismos reclusos en un mismo centro, asegure la contextual, efectiva y recíproca visibilidad de las personas presentes en todos los lugares y la posibilidad de oír cuánto allí sea dicho.

También se puede utilizar la videoconferencia en el caso de testigos protegidos o con riesgo de incomparecencia así como en la intervención de colaboradores de justicia (*pentiti*), posibilidad

³⁰⁴ Sentencia *Casazione penale* núm. 612, Sección VI, de 8 de febrero de 2000, disponible en base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 3 de diciembre de 2008).

regulada en el art. 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., pero con una diferencia sustancial: la conexión efectuada para la participación de los acusados tendrá carácter bidireccional, mientras que en el examen de testigos dicho enlace será unidireccional. Ello obedece a motivos lógicos de respeto de garantías constitucionales y de eficacia para lograr testimonios de cargo, ya que el imputado-acusado debe presenciar todo lo que suceda en el juicio, y en lo concerniente al declarante, con el objetivo de garantizar su tranquilidad a la hora de realizar su testimonio sin que se vea intimidado por la posibilidad de contemplar a los acusados, y asegurar de este modo su comparecencia en el acto de juicio oral, no verá la Sala de Vistas.

Existen de esta forma en el empleo de la videoconferencia en el proceso penal dos modalidades diferentes de participación en el mismo, en Italia se ha llevado a cabo una conceptualización diferente por parte de la doctrina dependiendo de si se utiliza la videoconferencia en el proceso penal para la participación del acusado en su juicio o para el examen del testigo, viniéndose denominando a la primera institución *teleconferenza* (teleconferencia) y conociéndose a la segunda como *telesame* (telexamen)³⁰⁵.

³⁰⁵ Entre otros muchos, podemos destacar como se emplean estos términos por ALESSANDRONI, BARGIS o VOENA. Vid. ALESSANDRONI, F., “Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa”, en *Cassazione penale*, núm. 10, 1997, disponible en Base de Datos Juris Data:

En consecuencia, la disciplina del *telesame*, desde un punto de vista tecnológico, se muestra como una técnica menos avanzada que el de la participación a distancia³⁰⁶. Aunque, hay que tener en cuenta que los fines perseguidos por cada institución son bien diferentes. La *teleconferenza*, tiene como *ratio essendi* prevenir eventuales fugas del acusado encarcelado, bien a título de preso preventivo bien en condición de reo, atendiendo a fundamentos de peligrosidad, mientras que los fines perseguidos con el empleo del *telesame*, obedecen por un lado, a título principal garantizar la seguridad personal del declarante, y por otro en un papel secundario a razones de economía procesal en el supuesto del art. 147-bis, apartado 5 de las normas de actuación del C.P.P.³⁰⁷.

Los destinatarios del art. 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P. son los colaboradores de justicia sujetos a medidas de protección, en concreto, las personas a las que se refieren los apartados 2 a 5 del art. 9 del Decreto Ley de 15 de enero de 1991, núm. 8³⁰⁸, e imputados de delitos conexos.

<http://www.iuritalia.com> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2007), BARGIS, M., “La teleconferenza”, en AA. VV., *L'essame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata...*, cit., pp. 17-51, VOENA, G.P., “Il Telesame”, en AA. VV., *L'essame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata...*, cit., pp. 79-108.

³⁰⁶ VOENA, G.P., *Ibidem*, p. 84.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 84.

³⁰⁸ Gazzetta Ufficiale, 15 de enero, núm.12, con reformas al convertirse en Ley de 15 marzo de 1991, núm. 82 (Gazzetta Ufficiale, 16 de marzo de 1991, núm. 64) y modificado por Ley de 13 de febrero de 2001, núm. 45 (Gazzetta Ufficiale, 10 de marzo de 2001, núm. 58), Ley de 11 de agosto de 2003, núm.

En el caso de los colaboradores de justicia, se trata de personas sometidas a programas o medidas de protección, y que por poseer esa condición especial de protegidos, se deben adoptar una serie de cautelas con la finalidad de salvaguardar su integridad tanto personal como familiar. Estaríamos hablando de testigos – integrantes arrepentidos de asociaciones criminales y testigos en general- y peritos que comparecerán en el juicio cuyas colaboraciones o declaraciones constituirán un elemento probatorio imprescindible, para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados y obtener así una sentencia condenatoria³⁰⁹.

El art. 147-bis hace referencia a dos tipos de colaboradores: los admitidos a programas de protección y sobre los que se han adoptado una serie de especiales medidas de protección.

En el programa de protección, se incluye una particular modalidad aplicativa de las medidas especiales. Se han de formular dichas medidas teniendo en consideración las probables situaciones de peligro, y pueden comprender el traslado de personas no detenidas a lugares protegidos, medidas de asistencia personal y

228 (Gazzetta Ufficiale, 23 de agosto de 2003, núm. 195) y por Ley de 6 de febrero de 2006, núm. 38 (Gazzetta Ufficiale 15 de febrero de 2006, núm. 38).

³⁰⁹ Recordemos brevemente que en un inicio estas medidas fueron pensadas exclusivamente para los miembros de organizaciones criminales arrepentidos, pensándose sobre todo en los supuestos de asociaciones de tipo mafioso, pero que posteriormente se extendió a testigos y peritos que declararan contra el entorno criminal organizativo.

económica, cambio de identidad, o medidas dirigidas a favorecer la reinserción social del colaborador.

Las medidas especiales de protección, reguladas en el art. 13.4 de la Ley núm. 82, de 15 de marzo de 1991, consisten en medidas de tutela, en la adopción de rápidas técnicas preventivas para garantizar la seguridad del testigo protegido, traslados a lugares diferentes a la residencia del colaborador, intervenciones para facilitar la inserción social del sujeto, particular modalidad de custodia o de traducción y vigilancia; todas las cautelas adoptadas deben encuadrarse en aquellos supuestos en los que las personas sobre las que se ponen en práctica se encuentren ante situaciones de peligro graves y reales como consecuencia de su predisposición a la colaboración, gravedad que puede atender por un lado, al hecho de tratarse de peligros hasta ahora desconocidos o de notable importancia, así como peligros más determinados como es el hecho de colaborar en materia de persecución de delitos cometidos con fines terroristas, de subversión contra el orden democrático o bien estar incluidos en alguno de los delitos mencionados en el art. 51, apartado 3-bis del C.P.³¹⁰.

Además de las medidas especiales de protección, nos encontramos con el programa de protección, en virtud del cual se ejecutarán una serie de medidas especiales -las acabadas de relatar

³¹⁰ CURTOTTI NAPPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale...*, cit., p. 251.

en el párrafo anterior-, cuyo objetivo será el de preservar la seguridad de los colaboradores de justicia, por el hecho de hallarse en situación de peligro tanto su vida como su integridad física³¹¹.

La diferencia entre la adopción de las medidas especiales de protección y el programa de protección, como nos indica CURTOTTI NAPPI, es de carácter estructural y funcional. Las primeras se aplicarán atendiendo a los rasgos singulares del sujeto pasivo de las mismas, es decir, a su indemnidad y a su grado de reinserción social, adoptándose en situaciones puntuales en las que se haga necesaria la adopción de algún tipo de medida por motivos de seguridad. La finalidad del programa de protección, por el contrario, está orientada no a proteger al colaborador en un momento singular en el que su vida e integridad física corren peligro, sino que acomete una misión más bien de reinserción: “aspira a desarraigar el sujeto del contexto ambiental de origen, para crear una nueva vida social y económica”³¹².

El procedimiento de admisión de las medidas de protección es impulsado a petición del Fiscal (*Procuratore della Repubblica*), atendiendo a los hechos reflejados en las declaraciones efectuadas por la persona que, como consecuencia del contenido de las mismas se halla sujeta a un grave peligro. A continuación será la Comisión central, a la que se ha dirigido oportunamente tal

³¹¹ *Ibidem*, pp. 251-252.

³¹² *Ibidem*, p. 252.

propuesta, la que trace urgentemente un plan provisional de protección, el cual caduca transcurridos 180 días si no se ha producido la deliberación de admisión a un programa de protección definitivo³¹³.

El art. 147-bis de las normas de actuación del C.P.P., hace mención también a la posibilidad de decretar participación a distancia de los colaboradores a través de videoconferencia, cuando las medidas sean también urgentes o provisionales.

Las medidas de carácter urgente son adoptadas por el Jefe de Policía en el caso de existir situaciones de excepcional emergencia que no permitan esperar la deliberación de la comisión que ha de decidir sobre la inclusión del colaborador en un programa de protección³¹⁴. Esta ampliación en el ámbito de las autoridades que pueden adoptar dichos mecanismos especiales de protección, viene efectuada por el legislador, con la finalidad de impedir el control

³¹³ *Ibidem*, p. 252.

³¹⁴ Art. 13.1 *in fine* de la Ley núm. 82, de 15 de marzo de 1991: “Cuando existan situaciones de excepcional urgencia que no permitan atender la deliberación de la comisión es hasta que tal deliberación no interviene, sobre petición motivada de la autoridad provincial de seguridad pública competente, el Jefe de Policía-director general de la seguridad pública puede autorizar dicha autoridad y confirmar las específicas asignaciones previstas por el artículo 17 especificando contenidos y destinos. En los casos en los que sea aplicado el plan provisional de protección, el presidente de la comisión puede solicitar al Servicio central de protección una relación concerniente a la identidad de los sujetos sometidos a los vínculos indicados en el artículo 12”. Precepto disponible en Base de Datos De Jure: <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 15 de junio de 2014).

total por parte del ámbito judicial sobre el inicio de los procedimientos de seguridad relativos a los colaboradores³¹⁵.

Por el hecho de que el Jefe de Policía pueda, previa consulta al Ministerio Público³¹⁶, decretar la adopción de medidas o inclusión

³¹⁵ ARDITA, S., “La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia”, en *Cassazione penale*, núm. 5, 2001, p. 1704.

³¹⁶ Creemos del todo aconsejable hacer una serie de precisiones respecto del Ministerio Público italiano, por cuanto difiere en cierto modo de nuestro Ministerio Fiscal. En primer lugar, cuando en el país transalpino se dice que la acción penal es pública, está haciendo referencia a que la acción únicamente se ejercita por un solo órgano: el Ministerio Público, mientras que en España puede ser incoada una acción penal por el Ministerio Fiscal, por la acusación particular y por la acusación popular. Nace siempre la obligación del ejercicio de dicha acción en Italia por el órgano acusador, desde el mismo momento en el que tenga conocimiento de la *notitia criminis* y respecto de cualquier delito. En cambio en España, el Ministerio Fiscal sólo estará obligado de oficio a la persecución de delitos públicos, o semipúblicos previa denuncia del ofendido, y nunca respecto de los delitos privados. En segundo lugar, la fase de investigación en Italia (*indagini preliminari*) está asignada al Ministerio Público, habiendo un juez (*giudice per le indagini preliminari*, es decir, Juez para las investigaciones preliminares) que desempeña funciones de control y garantía en esas investigaciones preliminares. Por el contrario, en España es a un Juez de instrucción al que se le encomienda el procedimiento preliminar. Por último, debemos indicar cuáles serían los nombres propios de los miembros del Ministerio Público. En primer lugar señalar que en la Corte Suprema de Casación, en los Tribunales de Apelación y en los Tribunales ordinarios, existirá la oficina (*ufficio*) del Ministerio Público (art. 2 del Ordenamiento Judicial); estableciendo el art. 70.1 del Ordenamiento Judicial la denominación de los titulares de tales oficinas: *Procuratore generale della Corte di cassazione* (Fiscal General), *Procuratore generale (della Repubblica) presso la corte di appello* (Fiscal General de los Tribunales de Apelación) y *Procuratore della Repubblica* (Fiscal de los tribunales). Para el resto de oficinas de órganos jurisdiccionales así como respecto de los integrantes de la Dirección de distrito antimafia, el nombre genérico que reciben es el de *magistrati* (es decir, magistrados). Este último hecho, obedece singularmente a que el ordenamiento judicial efectúa una regulación de Jueces y Fiscales de forma similar, existiendo un absoluto paralelismo entre ambas figuras. CHIAVARIO, M., “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar” (trad. MORENILLA

del colaborador en el programa de protección, así como por el procedimiento que se desarrolla – por ejemplo el cambio de datos personales-, estamos en condiciones de afirmar que nos encontramos ante un verdadero procedimiento administrativo, existiendo una relación que bien se puede calificar de contractual entre la Administración Pública y el colaborador, pues cada una de las partes asume una serie de obligaciones: la Administración Pública, la de ejecutar las medidas de protección y de asistencia acordados; el colaborador, la de respetar los mecanismos programados para garantizar su seguridad además de las obligaciones previstas por la ley y del resto de compromisos contraídos³¹⁷.

El art. 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P. refiriéndose genéricamente a las personas admitidas a programas o medidas de protección también de tipo urgente o provisional, no ofrece alguna indicación sobre la fuente normativa de las medidas o programas de protección del colaborador. Debe concluirse, por tanto, que la adopción de las medidas previstas por la ley n. 486 de 1988 por parte del Jefe de policía, en calidad de director general de seguridad pública, han de considerarse suficientes para consentir en

ALLARD, P.), en AA.VV., *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción* (dir. GIMENO SENDRA, V.), ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 97-128.

³¹⁷ GALLI, A., “La ricognizione in aula dei collaboranti”, en AA. VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti : commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11 (c.d. legge sulla videoconferenza)* (dirs. DELLA MONICA, G., DALIA, A. A.), ed. Giuffré, Milano, 1998, pp. 225-226.

el juicio, en el acto del juicio oral, el examen a distancia del interesado. A la misma conclusión se llega en la hipótesis en la que el Ministro del interior y de la dirección general de la administración penitenciaria deba ejercitar los poderes que ostenta en tema de protección de colaboradores.

En el precitado precepto se prevé igualmente la posibilidad de disponer que el examen en debate pueda desarrollarse a través de un enlace audiovisual, también a distancia, cuando se trata de personas sujetas a programas o medidas de protección, o bien en el caso de graves dificultades a asegurar la comparecencia de las personas que tienen que ser sometidas a examen.

La hipótesis de la “grave dificultad para asegurar la comparecencia de las personas que deben ser sometidas a examen”, tiene que ser interpretada en el bien entendido de graves temores de represalias por parte del grupo criminal contra el que se va a declarar, habiéndose expresado previamente por los deponentes su indisponibilidad a la hora de repetir sus declaraciones en presencia del acusado³¹⁸.

En relación con la categoría de los imputados-acusados de delitos conexos, su participación a distancia no deviene en virtud de este precepto por la simple cuestión de tratarse de un acusado

³¹⁸ Sentencia Corte Suprema de Italia en Casación Penal, núm. 2607, Sección I, de 4 de diciembre de 1997, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2009).

del art. 12 C.P.P., sino por el hecho de haber participado en la comisión de un hecho criminal junto con otros sujetos, se convierte en acusado por haber indicios fundados de que puede haber sido partícipe del delito, y en testigo, pues el *ius tacendi* no opera respecto del resto de acusados, sólo respecto a sí mismo, como elemento integrante de su derecho de defensa.

Esto es lo que se conoce en Italia como “testimonio técnicamente asistido” (*testimonianza tecnicamente assistita*), introduciéndose esta nueva figura de declaración testifical por Ley núm. 63, de 1 de marzo de 2001, modificadora del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal en materia de formación y valoración de la prueba, en desarrollo de la Ley constitucional de reforma núm. 2, de 23 de noviembre de 1999, del artículo 111 de la Constitución³¹⁹.

La aparición de esta reforma viene dada como consecuencia de la Sentencia de la Corte Constitucional núm. 361, de 2 de noviembre de 1998, declarando inconstitucional una serie de preceptos relacionados con la declaración del imputado. En dicho fallo, la Corte Constitucional desechó el sistema de reglas existentes encaminadas a limitar el empleo en juicio de las

³¹⁹ Sobre *testimonianza assistita* vid. SANNA, A., “L'esame dell'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione”, en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, núm. 2, 2001, pp. 462-502 y DANIELLE, M., “Lacune nella disciplina sulla testimonianza assistita”, en *Cassazione penale*, núm. 2, 2005, pp. 713-721.

declaraciones realizadas por el coimputado sobre los hechos cometidos por el resto de imputados³²⁰. De ahí que se hiciera necesaria una nueva regulación del derecho a guardar silencio, distinguiendo dos cualidades en el coimputado: la del acusado y la del testigo³²¹. Pues en relación con aquellos hechos que pudieran

³²⁰ La Sentencia de la Corte Constitucional núm. 361, de 2 de noviembre de 1998, declaró inconstitucionales varios preceptos, en concreto los siguientes: el art. 513, apartado 2, *in fine* del Código de Procedimiento Penal en la parte en la que no preveía que en caso de que el declarante rechace o en cualquier caso omita en todo o en parte a contestar sobre hechos concernientes a la responsabilidad del resto de acusados, hechos que habían sido objeto de contestación en anteriores declaraciones, a falta del acuerdo de las partes sobre la lectura de tales declaraciones se aplicará el art. 500, apartado 2-bis y 4, del Código de Procedimiento Penal; el art. 210 del Código de Procedimiento penal en la parte en que no se preveía el examen del acusado en el mismo procedimiento sobre hechos concernientes a la responsabilidad de los otros acusados que eran enjuiciados en el mismo proceso junto a aquél, sobre anteriores declaraciones realizadas ante la autoridad judicial o ante la policía judicial por delegación del Ministerio Público; y el art. 238, apartado 4, del Código de Procedimiento Penal en la parte en la que no preveía que, en caso de que en el acto de juicio oral la persona examinada en virtud del art. 210 del Código de Procedimiento Penal rechazara o en cualquier caso omitiera en todo o en parte contestar sobre hechos concernientes a la responsabilidad de otros acusados, objeto de sus anteriores declaraciones, en el supuesto de que el imputado no autorizara a la utilización de esas declaraciones se procedía a la aplicación del art. 500, apartados 2-bis y 4, del Código de Procedimiento Penal. Sentencia disponible en base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2009).

³²¹ En la nueva regulación procesal y penal introducida por la Ley núm. 63, de 1 de marzo de 2001, de esta figura de testimonio asistido en la que continúa vigente el derecho a guardar silencio en las declaraciones sobre hechos que afecten a su participación en el caso sometido a enjuiciamiento y sin embargo adquiere la calidad de testigo *contra alios* en aquellas situaciones del hecho criminal en la que él no haya intervenido, existen una serie de lagunas como nos muestra DANIELLE. El citado autor aprecia que la nueva disciplina presenta una serie de carencias en materia de testimonio asistido al observar que los órganos jurisdiccionales deberán realizar complejos exámenes incidentales para

incriminarle como autor del hecho delictivo, tiene derecho a guardar silencio, pero respecto de los acontecimientos que afectaran al resto de imputados-acusados y no se viera involucrada su persona, deberá prestar testimonio³²².

Dicho todo esto, el imputado conexo será examinado a través de videoconferencia si se dan las condiciones del art. 147-bis de las normas de actuación del C.P.P. cuando en virtud del art. 197-bis C.P.P. deba prestar declaración testifical. La regla general que se puede extraer del art. 197-bis C.P.P. es la absoluta incompatibilidad de testificar por parte del imputado en un procedimiento conexo en el sentido del art. 12 del C.P.P.³²³, o de un delito conectado según el

determinar en qué condiciones va a prestar declaración el acusado, en calidad de inculpado o cómo testigo *erga alios*, lo cual puede producir demoras en el desarrollo del proceso. DANIELLE, M., “Lacune nella disciplina sulla testimonianza assistita”, en *Cassazione penale*, núm. 2, 2005, p. 715.

³²² En España tal supuesto no se podría dar. Cuando un coacusado declara sobre hechos que conoce extraprocesalmente (el denominado “testimonio impropio”), a diferencia del testigo que tiene la obligación de decir la verdad, en aquél no existe esa imposición, por el simple hecho de que no es ajeno a los hechos que se están enjuiciando, y puede adoptar diferentes posturas, todas ellas legitimadas por el derecho de defensa que le asiste en virtud del art. 24 CE, esto es, puede mentir, confesar su participación en el hecho criminal, decir la verdad e incriminar a otros acusados en la ejecución del delito, o simplemente guardar silencio. MONTÓN REDONDO, A., (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 323-324.

³²³ Art. 12 C.P.P.: “Supuestos de conexión: 1. Hay conexión de procedimientos si: a) si el delito por el que se procede a sido cometido por más persona en concurso o cooperación entre ellos, o si más personas con conductas independientes han decidido el evento; b) si una persona ha sido imputada por más delitos cometidos con una sola acción u omisión o bien con más acciones u omisiones ejecutivas de un mismo proyecto criminoso; c) si de los delitos por los que se procede algunos han sido cometidos para ejecutar y ocultar otros”.

art. 371, apartado 2, letra b) C.P.P., siempre y cuando en su confrontación no se haya emitido sentencia definitiva³²⁴. Sin embargo esta norma general presenta una excepción, cuando el imputado conexo lo sea en calidad del art. 12, apartado 1, letra c), o bien cuando nos encontremos ante un delito conectado en virtud del art. 371, apartado 2, letra b), ambos del C.P.P., debiéndose precisar que respecto de los hechos tocantes a la posible responsabilidad criminal del imputado-acusado, no podrá ser obligado a deponer sobre este extremo.

De esta guisa habrá diferentes posibles formas de testimonio del imputado conexo dependiendo del momento procedimental en el que nos hallemos. Podrá efectuar un testimonio “imparcial”, es decir, que lleve a cabo una declaración en la que no medien intereses particulares con el objetivo de lograr su absolución, para quedar así libre de todo cargo inculpativo, limitándose a decir toda la verdad de lo sucedido; también por hallarse en los supuestos del art. 12.a) y c), deberá verse obligado a prestar testimonio, por un lado por no disponer de la facultad de no responder y guardar silencio, por otro, en el caso de que en el procedimiento sustanciado contra él, el imputado conexo ha sido juzgado definitivamente, habiéndose dictado sentencia de condena, de

³²⁴ GAROFOLI, V., *Istituzioni di diritto processuale penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2006, pp. 203-204, CONSO G., ILLUMINATI, G., *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, ed. CEDAM, Padúa, 2013, pp. 34 a 41 y 1.592 a 1593.

absolución o de aplicación de la pena *ex art.* 444 C.P.P., cualquiera que fuera el tipo de conexión, asumiendo entonces obligatoriamente la calidad de testigo; por último, también podrá existir una testifical de un coimputado de delito conexo prestando declaraciones sobre hechos ajenos al mismo y relacionados con el resto de imputados (art. 197-bis, apartado 2, relacionado con el art. 64 del C.P.P.).

En la declaración del imputado conexo en calidad de testigo *ex art.* 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., efectuada a través de videoconferencia, el deponente será asistido por un abogado defensor –de ahí la definición *testimonianza assistita-*, asegurando de esta forma su derecho de defensa, pues no se debe olvidar que aunque tenga que asumir la calidad de testigo, no se puede obviar que se halla en el juicio principalmente no en calidad de tal, sino a título de copartícipe en la ejecución de los hechos criminales que se están enjuiciando³²⁵. En consecuencia, a falta de que el imputado-acusado para este tipo de casos, no comparezca con su abogado de confianza, se deberá entonces designar uno de oficio³²⁶.

Para terminar con el análisis del *telesame*, debemos indicar que en lo concerniente a la iniciativa para acordar que la declaración

³²⁵ Arts. 197-bis apartado 3 C.P.P. y 147-bis apartado 4 de las disposiciones de actuación del C.P.P.

³²⁶ CONSO G., ILLUMINATI, G., *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale...*, cit., p. 204.

testifical del coimputado en calidad de testigo o del colaborador con la justicia través de videoconferencia, será exclusivamente el Juez o el Presidente del Tribunal quién decreta este tipo de participación de oficio, previa audiencia de las partes.

Se trataría por tanto de una iniciativa exclusivamente jurisdiccional, sin que exista opción por las partes, o por el Ministerio Público, de solicitar que se lleve a cabo la declaración del imputado conexo a través de videoconferencia. Sin embargo, para las declaraciones presenciales el art. 147-bis prevé que estas se pueden determinar de oficio, a solicitud de parte o a petición de la autoridad que ha dispuesto el programa o la medida de protección, por el juez o, en caso de urgencia, por el Presidente del Tribunal o de la *Corte di Assise*.

Por otro lado, al igual que en la *teleconferenza*, con la finalidad de que no existan fraudes a la hora de que un testigo no sea efectivamente el deponente que estaba previsto que hiciera la declaración, debe haber un auxiliar de justicia.

Las funciones de este auxiliar, al que se le confía en virtud del art. 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., el cometido de estar presente en el lugar en el que se encuentra el colaborador de justicia, serían principalmente certificar la identidad y dar de fe de las cautelas adoptadas para asegurar la genuidad del examen. Siendo conveniente precisar que no desarrolla funciones de asistencia a la audiencia, por el hecho de que estas son

desempeñadas por el auxiliar del juez presente en el lugar en el que se desarrolla el proceso. Incluso, no es necesario que sea un auxiliar judicial el que se halle en el lugar en el que se encuentre el colaborador, sino que puede desempeñar estas funciones un carabinero agregado al servicio central de protección, ya que el art. 126 C.P.P., prevé que el juez, en todos los actos a los cuales procede, sea asistido “por el auxiliar que deba ser designado según el ordenamiento”, salvo los casos en los que la ley disponga una cosa diferente³²⁷.

d) Convalidación jurisprudencial del empleo de la videoconferencia en el proceso penal italiano

Hemos visto a grandes rasgos, en qué situaciones se puede emplear la videoconferencia en el proceso penal italiano, y cuál es su regulación. Pero, debemos tener presente que, si bien el poder legislativo tiene como función principal la elaboración o modificación de las leyes existentes de acuerdo con los intereses de la sociedad, el poder judicial tiene entre otras funciones la de controlar y asegurar el cumplimiento de la Constitución de un Estado, declarando la inconstitucionalidad o la nulidad, cuando sea

³²⁷ Sentencia Casación Penal, núm. 3333, Sección VI, de 20 de noviembre de 1998. Resumen disponible en Base de Datos De Jure, en la sección de jurisprudencia “Massime”: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2008).

el caso, de las leyes o de cualesquiera otras normas que emanen del poder ejecutivo, a través de sus órganos, es decir, de los Juzgados y Tribunales de un Estado.

En este contexto, habrá que ver, cuál ha sido el acogimiento por parte de la jurisprudencia italiana del empleo de la videoconferencia en determinadas actividades judiciales, ya que se podría estar vulnerando derechos y garantías tan básicos como el derecho de defensa.

Precisamente este hecho fue el que motivó que diferentes tribunales plantearan “cuestiones de legítima constitucionalidad”³²⁸, en relación con la participación a distancia

³²⁸ Las funciones de la Corte Constitucional vienen atribuidas en el art. 134 de la Constitución de la República Italiana: “La Corte constitucional juzga: sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de atribución entre los poderes del Estado y sobre aquellos entre el Estado y las Regiones, y entre las Regiones; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República según la Constitución”. A la hora de declarar la ilegitimidad constitucional de una norma, existen dos procedimientos diferentes: el proceso incidental y el proceso directo o principal. El primero de ellos será la vía más habitual para plantear la inconstitucionalidad de una norma. En el curso de un juicio, a iniciativa de una de las partes, del Ministerio Público o de oficio por el propio juez que conoce del asunto, si éste último entiende que existen dudas fundadas acerca de la constitucionalidad de una disposición legislativa, elevará dichas dudas a la Corte Constitucional para que dilucide sobre las mismas, suspendiéndose el juicio hasta que se emita un pronunciamiento sobre tal cuestión por la Corte de Garantías Constitucionales. Este sería precisamente el supuesto que nos ocupa, pero también es digno de señalarse que la cuestión de ilegítima constitucionalidad, puede plantearse de forma excepcional por el Estado o las Regiones, con la finalidad de que se estudie y en su caso se declare la inconstitucionalidad de una norma. SPAGNA MUSSO, E., *Diritto Costituzionale*, vol. 2, Padova, 1981, pp. 387-394.

del acusado y de los colaboradores e imputados por delitos conexos a través de videoconferencia en el proceso penal³²⁹, por entender básicamente que las normas que regulaban este fenómeno contravenían los arts. 10.1, 13.3, 24, 27 y 111 de la Constitución de la República Italiana³³⁰. Ninguna de estas cuestiones fue estimada, todas resultaron rechazadas por la Corte Constitucional, validándose por tanto la constitucionalidad de dichas normas.

La Corte Constitucional argumenta la constitucionalidad de estas disposiciones, en el hecho de que de las mismas no puede derivarse ningún efecto negativo que pudiera menoscabar los derechos recogidos en las normas constitucionales a las que hacen

³²⁹ Serían las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia núm. 342, de 22 de julio de 1999, en la que se interponía cuestión de ilegítima constitucionalidad sobre el art. 41-bis del ordenamiento penitenciario, por entender que se vulneraban los arts. 10, 13.3, 24 y 27 de la Constitución de la República de Italia; Sentencia núm. 234, de 22 de junio de 2000, en la que se elevaba cuestión de inconstitucionalidad por el Tribunal de *Torre Annunziata*, el cual estimaba que por parte de los arts. 146-bis de las normas de actuación del C.P.P. y 41-bis del ordenamiento penitenciario, se vulneraba el art. 3 de la Constitución Italiana; núm. 483, de 26 de noviembre de 2002, en la que, por petición de la defensa, el Tribunal de *Gela*, planteaba a la Corte la posible inconstitucionalidad de los arts. 146-bis y 147-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., por infringir los arts. 3, 24 y 111 de la Constitución; y por último, la núm. 88, de 9 de marzo de 2004, en la que se planteaba la inconstitucionalidad, nuevamente, del art. 146-bis de las normas de actuación del C.P.P., por quebrantar los arts. 3, 24 y 111 de la Constitución de la República Italiana. Todas ellas se pueden consultar en la Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2009).

³³⁰ Se trataría de los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la igualdad (art. 3 de la Constitución de la República italiana); el derecho de defensa (art. 24 de la Constitución de la República italiana); y el derecho a un proceso justo (art. 111 de la Constitución de la República italiana).

referencia los tribunales que elevaron la “cuestión de legítima constitucionalidad”. En todo caso, según la Corte Constitucional, “la normativa a examen, lejos de limitarse a delinear los medios procesales o técnicos por los que realizar los objetivos perseguidos, ha trazado un exhaustivo sistema de ‘resultados’ que se presenta en línea con el nivel mínimo de garantías que deben tutelar el derecho del acusado de ‘participar’ y por tanto defenderse, por todo el arco del juicio oral”³³¹.

Por otro lado, en relación con el art. 146-bis de las disposiciones de actuación del C.P.P., ante el hecho de presentar como presupuesto indispensable para que entre en funcionamiento el empleo de la videoconferencia, se debe estar enjuiciando alguno de los delitos indicados en el art. 51.3-bis C.P.P., no siendo por tanto una regla general la del empleo de comunicaciones audiovisuales en la participación del acusado en el acto de juicio oral, sino una excepción, relacionada con delitos que son “directa expresión de las más graves manifestaciones de crimen de tipo mafioso”, entendiéndose el legislador que solamente respecto a determinados acusados de este tipo de hechos criminales resulta

³³¹ Sentencia Corte Constitucional de Italia núm. 342, de 22 de julio de 1999, disponible en Base de datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 25 de marzo de 2009).

conveniente regular “particulares modalidades de ejercicio del derecho (de defensa) en el juicio oral”³³².

Asimismo, destaca respecto del art. 147-bis C.P.P., que precisamente la deposición de un colaborador incluido en un programa de protección llevada a término en un lugar diferente a la sede judicial en la que se está desarrollando el juicio, efectuada a través de medios de comunicación audiovisuales, es un mecanismo que garantiza la participación del mismo en la audiencia, teniendo también como finalidad esta declaración virtual en tiempo real, la de asegurar la integridad física del testigo³³³.

En conclusión, la normativa tan innovadora introducida en Italia con fines prevencionistas por un lado (evitar el riesgo de fuga del delincuente mafioso), y proteccionistas por otro (salvaguardar la integridad física del testigo y sus familiares más próximos si era el caso), haciendo uso de mecanismos técnicos como la videoconferencia para lograr tales resultados, fue declarada compatible con la Constitución de la República de Italia, pese a los recelos suscitados en algunos Juzgados y Tribunales italianos.

Sin embargo, hoy en día es doctrina pacífica su utilización, rechazándose también por la Corte Suprema de Italia el hecho de

³³² Sentencia Corte Constitucional de Italia, núm. 234, de 22 de junio de 2000, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 30 de enero de 2009).

³³³ Sentencias Corte Constitucional de Italia, núm. 342, de 22 de julio de 1999, de 26 noviembre de 2002, disponibles en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 30 de enero de 2009).

que la práctica de videoconferencia produzca dilación alguna en el procedimiento penal, convalidando plenamente su utilización en el mismo³³⁴.

C) *Otros países*

Analizados estas dos regulaciones emblemáticas en cuanto al empleo de la videoconferencia en el proceso penal, debemos hacer hincapié en que no se circunscribe su uso únicamente a EEUU, Italia y por supuesto España, sino que un gran número de países ya recogen la posibilidad de utilizar la videoconferencia como método de auxilio para la práctica de determinadas pruebas.

De hecho, Italia, como ya hemos indicado anteriormente, no es el primer país europeo en introducir la videoconferencia en un proceso penal, sino que lo fue Reino Unido, pues como país perteneciente al *common law*, las prácticas realizadas en EEUU en este tema le repercutieron inmediatamente.

En Gran Bretaña se introduce la posibilidad de utilizar circuitos cerrados de televisión en la toma de declaraciones de testigos en supuestos de delitos sexuales, en concreto, en el art. 32

³³⁴ Véase a modo de ejemplo, sentencia de la Sección 2ª de lo Penal de la Corte de Casación italiana, núm. 11850 de 11 de febrero de 2014, disponible en Base de Datos De Jure: <http://dejure.giuffre.it> (fecha de consulta: 11 de julio de 2014).

de la *Criminal Justice Act de 1988* (Ley de Justicia Penal de 1988). Posteriormente la utilización de videoconferencia se recogió en el artículo 51 de la *Criminal Justice Act de 2003* (Ley de Justicia Penal de 2003) , la cual sustituía a sus homólogas antecesoras. A la par hay que reseñar que en la *Youth Justice and Criminal Evidence Act de 1999* (Ley de Justicia Juvenil y Prueba Penal de 1999) se regula una serie de medidas especiales que puede acordar el Tribunal respecto de determinadas víctimas, entre las que se incluye la posibilidad de empleo de tecnologías de imagen y sonido bidireccionales en tiempo real. Tales medidas serían las siguientes:

- a. Proteger el testigo del acusado (sección 23);
- b. Prestar declaración a través de circuitos cerrados de televisión (sección 24);
- c. Ordenar la retirada de pelucas y togas mientras el testigo depone (sección 25);
- d. Prestar testimonio en privado, en asuntos de índole sexual, o en aquellos en los que exista cierto temor a que el testigo se vea intimidado a la hora de prestar su declaración, (sección 26);
- e. Grabación de video del testimonio principal (sección 27);
- f. Grabación de video del conainterrogatorio (*cross-examination*) o del interrogatorio realizado de nuevo

- (*re-examination*) cuando la deposición del testigo principal ha sido registrada en video (sección 28);
- g. Interrogatorio a través de un intermediario en el caso de un testigo joven (mayor de 14 años pero menor de 17) o incapacitado (sección 29)
 - h. Provisión de ayudas para la comunicación de testigos jóvenes (mayores de 14 años y menores de 17) o incapacitados (sección 30).

Actualmente también podemos encontrar la utilización de la videoconferencia en un proceso penal en Reino Unido en las recientes *Criminal Procedure Rules de 2005* (Normas de Procedimiento Penal de 2005). En dichas normas se regula en el art. 29 una serie de disposiciones para la aplicación de las medidas especiales a las que hemos hecho referencia *supra* de la *Youth Justice and Criminal Evidence Act de 1999*, entre las que se incluye la relativa a la declaración de testigos a través de circuitos cerrados de televisión; así como un supuesto especial de declaración por videoconferencia en el caso de que el testigo resida o se encuentre en un lugar diferente al Reino Unido. Debemos precisar, que a pesar de que en la legislación inglesa se utiliza la expresión “circuitos cerrados de televisión”, se puede incluir dentro de este

término cualquier tecnología que tenga un efecto similar, como es el caso de la videoconferencia³³⁵.

Por otro lado, aunque de momento en la normativa procesal de carácter penal del Reino Unido se encuentra muy bien legislada la declaración de testigos a través de videoconferencia cuando se encuentren en el extranjero, podemos aventurar que, con el tiempo, se realizará una regulación similar pero extensible a cualquier procedimiento y a supuestos de testigos que sí se encuentren en dicho país, puesto que en muchas ocasiones la realidad de la práctica habitual de los tribunales, impone la regulación legal de estos supuestos.

Además del Reino Unido, existen otros muchos países europeos que han incorporado a sus legislaciones procesales penales el empleo de tecnologías de comunicación audiovisuales en tiempo real, sólo que a diferencia de este país, su implantación vino influenciada por el éxito de su utilización en Italia. Este sería el caso de Alemania, Portugal, Francia y España, países han legislado esta posibilidad.

En Alemania, tras la reforma del Código Procesal Penal (StPO) por Ley de Protección de Testigos de 30 de abril de 1998³³⁶, permite la declaración de testigos a través de medios audiovisuales,

³³⁵ SPRACK, J., *A practical approach to criminal procedure*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 273.

³³⁶ BGBL I, p. 820.

exactamente en los arts. 168e y 247a. Sin embargo, estas medidas ya eran utilizadas por los tribunales alemanes antes de efectuar esta regulación legal³³⁷. En la actualidad, en Alemania se permite la declaración del acusado a través de videoconferencia (art. 168e StPO) y la de los testigos que sean considerados especialmente vulnerables, como los menores de edad, víctimas de violencia sexual y de género, testigos protegidos, entre otros [arts. 241a, 247ay 255a(2)]³³⁸.

Y no será el único país que discipline normativamente el empleo de mecanismos audiovisuales de comunicación con posterioridad a su puesta en práctica por los órganos jurisdiccionales, ya que en España, como más adelante tendremos ocasión de analizar, sucedió exactamente lo mismo.

En lo que a Portugal comienza a emplearse la videoconferencia en el proceso penal con la Ley de Cooperación Judicial Internacional 144/1999, de 31 de agosto (art. 26). En el caso del Código de Proceso Penal, los artículos 158.2, 317.1 y 350.3 regulan la prestación de las declaraciones a distancia por medio de *teleconferência* de testigos y peritos.

³³⁷ MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p 41.

³³⁸ SATZGER, H., SCHLUCKEBIER, W., WIDMAIER, G., *Strafprozessordnung Kommentar*, ed. Wolter Kluwer, Luxemburgo, 2014, pp. 1046 a 1048, 1214, 1279 a 1285, 1320 a 1325. BOHLANDER, M., *Principles of German Criminal Procedur*, ed. Hart Publishing, Portland, 2012, p. 148.

En Francia la Ley núm. 468, de 17 de junio de 1998, relativa a la represión de infracciones sexuales así como a la protección de menores, introdujo modificaciones en el Código de proceso penal en materia de testificales de menores víctimas de ofensas penales, incorporando mecanismos tecnológicos como fue el caso del registro audiovisual de sus declaraciones previo consentimiento de su representante legal. Sin embargo el empleo de la videoconferencia no fue introducido en Francia hasta la modificación operada por el art. 32 de la Ley núm. 1062, de 15 de noviembre de 2001 relativa a la seguridad diaria sobre el Código Procesal Penal francés³³⁹, añadiendo un nuevo precepto a dicho Código, el art. 706-71, el cual regula el empleo de medios de telecomunicación en el proceso penal.

En lo tocante a España será el último país de los llamados sistemas jurídicos continentales europeos, en el que se regulará la introducción de la videoconferencia en el proceso penal. Pero a pesar de esta regulación tardía, sí que es cierto, que actualmente disfrutamos de una cobertura legal del empleo de la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, mucho más amplia que la mayoría de legislaciones comentadas, puesto que, cumpliendo las exigencias marcadas en la Ley, es aplicable a cualquier diligencia

³³⁹ Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr> (fecha de consulta: 24 de junio de 2014).

sumarial o práctica de prueba, susceptible de realizarse por videoconferencia, como veremos.

III. VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento jurídico, existen diferentes preceptos que regulan la facultad de empleo de recursos telemáticos.

Este sería el caso del art. 45.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁴⁰, en virtud del cual se dirige un mandato a las Administraciones Públicas para que impulsen el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes, o la Ley 59/2003, de 19 diciembre reguladora del uso de la firma electrónica³⁴¹, al permitir la consulta de datos en registros públicos por medios telemáticos.

Sin embargo, cuando se decide introducir en España el empleo de la videoconferencia en el proceso penal, y se modifica la LOPJ y la LECrim al efecto, en ambas normas sí que se mencionará

³⁴⁰ BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

³⁴¹ BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2003.

expresamente su nombre, y no se acudirá a terminología ambigua e imprecisa como es la tan utilizada coletilla de “recursos telemáticos”, dentro de los cuales se pueden incluir un sinnúmero de Tecnologías de Información y Comunicación.

1. INTRODUCCIÓN EN ESPAÑA DEL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación han irrumpido con fuerza tanto en la organización como en el funcionamiento de la Administración pública. El nivel de inversiones que se ha llevado a cabo en las TICs dentro de la misma ha sido muy desigual, siendo la Administración de Justicia la gran perjudicada en esta política de modernización, no destinándose los recursos necesarios para introducir cambios tecnológicos que elimine la atrofia que sufren los órganos jurisdiccionales³⁴².

³⁴² Ya en el Libro Blanco de la Justicia, el Consejo General del Poder Judicial advertía de la necesidad de introducir las nuevas tecnologías en el ámbito judicial, así se decía que “la incorporación de los medios informáticos es necesario e inaplazable”, CGPJ, *Libro Blanco de la Justicia*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 114-115.

A) *Desarrollo histórico legislativo*

No ha sido hasta fechas muy recientes cuando desde los poderes públicos se apercibieron de que la Justicia necesitaba una urgente reforma. Prueba de ello fue el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 suscrito por el Gobierno de la Nación con el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español³⁴³. El citado Pacto empieza proclamando “los españoles, comenzando por quienes dedican la vida al servicio de la Justicia, demandan inequívocamente un esfuerzo profundo de mejora y modernización de nuestro sistema judicial. Carencias tradicionales, sumadas a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y al incremento de la litigiosidad, hacen obligado acometer las reformas necesarias para ello. Se persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados”. Y refiriéndose, con carácter general, a la Oficina judicial, en los apartados 12 y 14 del Pacto, se menciona la exigencia de adoptar medidas encaminadas a implantar completamente las nuevas tecnologías y mejorar los recursos materiales destinados a aquélla.

³⁴³ El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia es susceptible de consultarse en: <http://www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf> (fecha de consulta: 28 de noviembre de 2007).

Por otro lado, vemos como una justicia más eficiente, dinámica y moderna es uno de los objetivos contemplados en el Preámbulo de la Carta de Derechos de los Ciudadanos frente a la Justicia, en ella puede leerse: “En los umbrales del siglo XXI la sociedad española demanda con urgencia una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e instrumentos procesales más modernos y avanzados”³⁴⁴.

Y es en esta coyuntura, en la que por fin, como acabamos de ver, los políticos despiertan de un gran letargo, y se dan cuenta de la imperiosa necesidad de modernizar la Administración de justicia. De esta manera se creará la Subdirección General de las Nuevas Tecnologías, orgánicamente dependiente de la Dirección para la Modernización de la Administración de Justicia, siendo esta Subdirección la encargada de implantar el uso de la videoconferencia en los Juzgados³⁴⁵.

³⁴⁴ La Carta de Derechos de los Ciudadanos es una Proposición no de Ley que fue aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002. Está disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2006/marzo/cartaderechos%5B1%5D.pdf> (fecha de consulta: 29 de noviembre de 2007).

³⁴⁵ Este plan fue presentado por el entonces Ministro de Justicia Ángel Acebes el 4 de diciembre de 2001, un resumen de la presentación de dicho plan lo encontramos disponible en: [http://directorio.mju.es/internet/notas_prensa.nsf/82c35a70b29087dec12568b10029a77b/d3bafbf77984a37bc1256b1800416154/\\$FILE/011204.pdf](http://directorio.mju.es/internet/notas_prensa.nsf/82c35a70b29087dec12568b10029a77b/d3bafbf77984a37bc1256b1800416154/$FILE/011204.pdf) (fecha de consulta: 8 de diciembre de 2007).

Con la colocación de este medio técnico en los órganos jurisdiccionales surgió un serio problema, estaban instalados todos los mecanismos necesarios para hacer uso de este sistema de telecomunicación pero no existía ninguna regulación normativa al efecto, que revistiera de legalidad su empleo. Así, nos hallamos ante una cuestión muy compleja, pues los tribunales no pudieron evitar la tentación de hacer uso de este medio técnico, aunque no existiera ninguna norma jurídica que habilitara su utilización. Ante esta problemática, los órganos jurisdiccionales buscaron cobertura legal para poder hacer uso de las nuevas tecnologías puestas a su disposición en el art. 230.1 LOPJ, en virtud del cual los Juzgados y Tribunales podían utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus funciones. Este precepto, era complementado en la práctica forense con otras normas de carácter especial que justificaban para supuestos muy concretos la utilización de medios audiovisuales para la realización de actuaciones procesales, tanto en la fase de instrucción como en la de plenario³⁴⁶. Este era el caso de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos³⁴⁷, la LO 1/1996, de

³⁴⁶ ARNAIZ SERRANO, A., “Videoconferencia y audición telefónica de testigos”, en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 125-158.

³⁴⁷ El art. 2.b) de la LO 14/1994, de 23 de diciembre, prevé la posibilidad de que los testigos y peritos “comparezcan para la práctica de cualquier diligencia

15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³⁴⁸ y los arts. 448, 707 y 713 de la LECrim³⁴⁹. A su vez, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la aplicación de las nuevas tecnologías, y en concreto en el F.J. 2º de la STC núm. 11/1993, de 18 de enero decía lo siguiente: “las normas jurídicas han de ser interpretadas en el contexto social del tiempo en que hayan de ser aplicadas (Código Civil, art. 3.1), con el apoyo que brinda el progreso tecnológico”³⁵⁰.

Fruto de esta ausencia de regulación legal fue la Instrucción FGE núm. 1/2002, de 7 de febrero³⁵¹, en la que se manifestaba su oposición a la celebración de juicios orales a través de videoconferencia, excusando su asistencia en la carencia de las garantías necesarias de respeto a los derechos fundamentales. Esta postura, sin embargo, fue puntualizada en la Instrucción FGE núm. 3/2002, de 1 de marzo³⁵², refiriendo que en la anterior Instrucción

utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal”.

³⁴⁸ En la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor se dispone en su art. 9.1: “En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad”.

³⁴⁹ Estos preceptos fueron reformados por la LO 14/1999, de 9 de junio, por la que se modificaba el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo esta reforma la posibilidad de que las declaraciones del menor, tanto las prestadas en condición de víctima como de testigo, se realizaran a través de medios audiovisuales para evitar la confrontación visual con el imputado o acusado, previa resolución motivada e informe pericial.

³⁵⁰ BDA RTC 1993\11.

³⁵¹ BDA JUR 2002\77559.

³⁵² BDA JUR 2002\121016.

se pronunciaba sobre un aspecto concreto³⁵³, siendo el criterio general en las actuaciones procesales la de posibilidad de uso, señalado en el art. 230.1 LOPJ, y sólo en casos de posible afectación de derechos fundamentales sin la necesaria cobertura legal, debía prescindirse de la utilización de la videoconferencia.

Con total probabilidad, la primera instrucción citada de la FGE, tuvo su origen en la desconfianza ante un uso abusivo de este medio de comunicación audiovisual. Corrobora esta opinión, el hecho de que la FGE ha pasado de no mostrar su apoyo a su empleo, a ser ahora mismo su principal valedor. Sirva de ejemplo la Instrucción FGE núm. 7/2005, de 23 de junio³⁵⁴, sobre violencia de género, en la que se recomienda que “en la mejora del rendimiento organizativo debe encuadrarse la utilización de medios técnicos, y singularmente la videoconferencia. Se procurará potenciar por las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido como medio de intervención a fin de evitar el desplazamiento del fiscal adscrito a la Sección a sede distinta... en las órdenes de protección, comparecencia de diligencias urgentes, de medidas de prisión”.

³⁵³ El supuesto era el anuncio de un órgano jurisdiccional de una zona insular de la celebración de juicios orales completamente virtuales, sirviéndose para ello del sistema de videoconferencia.

³⁵⁴ BDA JUR 2005\141781.

En la actualidad, sin embargo, estos recelos de la Fiscalía hacia el uso de la videoconferencia en las actuaciones penales se han disipado, hasta el punto que es una de las principales promotoras de la utilización de este medio.

Así por ejemplo en la reunión organizada 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, se alcanzaron las siguientes conclusiones³⁵⁵:

“1. Se reconoce el valor de la videoconferencia y de otros medios técnicos de comunicación bidireccional de la imagen y del sonido, para la práctica de diligencias procesales cuando se den las circunstancias previstas en las normas(utilidad, seguridad u orden público); o bien cuando la asistencia física de un perito o testigo resulte gravosa o perjudicial, especialmente cuando se trate de un menor u otras personas especialmente vulnerables.

2. Conforme a nuestra legislación y jurisprudencia y siempre que se realice con las debidas cautelas, la 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.

³⁵⁵ <http://www.fiscal.es> (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2012)

3. Se reconoce la utilidad del establecimiento de protocolos de colaboración entre las Autoridades Judiciales, el Ministerio Fiscal y las Administraciones Públicas con competencias en relación con los medios de la Administración de Justicia, en los que se concreten los pasos a seguir para la práctica de diligencias por videoconferencia y se establezcan pautas uniformes de coordinación.

4. Aunque la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no lo exija expresamente, sería deseable y conveniente que el acuerdo de la práctica de las diligencias por videoconferencia se realizara siempre mediante resolución escrita y fundamentada, en la que se relacionen las circunstancias por las que se justifica la sustitución de la comparecencia personal por la presencia virtual. Resultaría además aconsejable que la resolución haga mención a las formalidades y cautelas que serán adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes que pudiesen verse afectados, particularmente en lo que se refiere a las garantías del derecho de defensa y a los principios de inmediación y contradicción.

5. La videoconferencia es un medio apto para la practica de la diligencia de reconocimiento en rueda, aunque debe admitirse que se produce cierta merma de las condiciones de visibilidad y la relativización de las dimensiones que permiten hacer comparaciones para la identificación. Ello aconsejaría que esta diligencia solo se realice por videoconferencia en casos

excepcionales previa valoración de las circunstancias concurrentes por el Juez Instructor.

6. Cuando se trate de comparecencias de imputados o acusados en el juicio oral, deberá ser el órgano jurisdiccional competente el que realice un juicio de proporcionalidad y razonabilidad para el empleo de la videoconferencia en el supuesto concreto, en atención a las circunstancias del caso. Estas circunstancias deberán ser suficientes para legitimar la sustitución de la presencia física del imputado por la comparecencia virtual, garantizando que con ello no se vulnera ninguna de las garantías del derecho de defensa. En todo caso, la medida habrá de ser adoptada de forma motivada por resolución judicial que deberá ser notificada a las partes permitiendo así su control y posible impugnación.

7. Se consideran casos justificables de la presencia del imputado por videoconferencia en el juicio cuando él mismo y su defensa lo hayan solicitado razonadamente, especialmente cuando se trate de acusaciones en las que se pidan penas que permitirían la celebración en ausencia. También sería claramente admisible el uso de la videoconferencia para la ratificación de conformidades en el juicio oral.

8. Para cualquier declaración del imputado o acusado por videoconferencia debe garantizarse debidamente la asistencia letrada y la efectividad de la misma, lo que incluye la debida comunicación reservada entre imputado o acusado y letrado. Para

ello se considera preferente la presencia del letrado junto al imputado o acusado y se entiende útil, en su caso, la presencia de un segundo letrado ubicado donde se encuentre el declarante .

9. Aunque la jurisprudencia no lo exige expresamente, sería conveniente que la comparecencia del sujeto que declara por videoconferencia se efectúe desde un local de la administración pública, sin que éste deba ser necesariamente un Juzgado, Tribunal o Fiscalía. (Ejemplos: Dependencias policiales, embajadas, ayuntamientos, etc.).

10. La identificación de los comparecientes en caso de diligencias judiciales corresponderá al Secretario del Juzgado o Tribunal. En el caso de diligencias de investigación del Fiscal, será éste el encargado de constatar la identificación.

11. La fe pública y la preparación del acta corresponden al Secretario Judicial en actuaciones judiciales. El Fiscal levantará acta que goza de las presunción de autenticidad en las actuaciones que practique en sus diligencias y actuaciones. Pero en todo caso sería conveniente que estas diligencias en las actuaciones orales en vistas y las comparecencias, se registren en soporte apto para la grabación y reproducción como prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12. La videoconferencia es también un medio útil para permitir el acceso de las víctimas al juicio oral, especialmente cuando no tengan que prestar declaración pero quieran estar informadas y

conocer lo que sucede en el acto del juicio oral, o incluso ser notificadas del resultado y la decisión judicial personalmente. Es especialmente útil en caso de víctimas extranjeras.

13. La videoconferencia es un medio útil para la protección de testigos especialmente en casos de delincuencia organizada. El uso de esta técnica está mencionado también en el protocolo de actuación de Coordinación entre Policía, Ministerio Fiscal u órganos judiciales, que contempla medidas de información y protección de víctimas y testigos en desarrollo del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos.

14. La videoconferencia se presenta como un medio idóneo para la protección de todas aquellas víctimas cuya declaración deba prestarse sin la presencia física del acusado y en condiciones que garanticen un alejamiento incluso del local del juicio oral, especialmente los menores.

15. Debe potenciarse la declaración de víctimas de violencia de género a través de la videoconferencia, puesto que se evita el contacto físico y visual con el presunto maltratador y las posibles consecuencias psicológicas negativas derivadas de aquél. Se aleja también a la víctima de la presión ambiental y del uso indiscriminado del Art. 416 de la LECRIM, especialmente cuando se trata de víctimas que tengan una especial situación de riesgo. El uso de esta técnica ya está mencionado también en el protocolo de actuación de Coordinación entre Policía, Ministerio Fiscal u

órganos judiciales, que contempla medidas de información y protección de víctimas y testigos en desarrollo del Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos.

16. Cuando el propio testigo, perito o víctima consideren que hay razones para comparecer por videoconferencia y no presencialmente, sería conveniente que se lo hicieran saber al Fiscal de forma que éste, valoradas las circunstancias, pudiera plantear esta cuestión al Tribunal. De esta forma se asegura la respuesta fundada y la notificación de la resolución al Fiscal y a las demás partes personadas, con la consiguiente posibilidad de recurso ante la negativa, si procediera.

17. La Videoconferencia como forma de prestar o solicitar una declaración en ejercicio de la asistencia judicial internacional deberá sustentarse en los Convenios multilaterales o bilaterales suscritos por España y el país de que se trate. La ausencia de los mismos no constituye un obstáculo insalvable puesto que, de conformidad con las normas generales en cooperación internacional, podrá suplirse con el principio de reciprocidad.

18. Conviene recordar la utilidad de la prolija regulación de la videoconferencia en el art 10 del Convenio de Asistencia Judicial entre los países miembros de la UE (Convenio 2000), así como de las normas específicas que se contienen en los Convenios de Naciones Unidas y en los bilaterales, especialmente en los firmados por España a partir del año 2001, los cuales recogen la utilización

de esta herramienta como medio de declaración de peritos y testigos. Algunos de estos convenios prevén también la declaración de imputados y acusados por esta vía.

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.

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.

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.

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 refiera a imputados o acusados.

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.

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.

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.

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.

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”.

A la vista está que la Fiscalía General del Estado ha pasado a ser una detractora del empleo del sistema de videoconferencia en las actuaciones penales, a ser una defensora del mismo.

B) Regulación actual

En 2003, aprovechando una ley para modificar la prisión provisional (LO 13/2003, de 24 de octubre), se introduce en esta

norma la reforma de los arts. 229.3 LOPJ y 306, 325, 731.bis y 797 de la LECrim en materia de uso de videoconferencia, terminándose con la situación de desamparo legal reinante en su empleo. Era una reforma muy necesaria, pues el único precepto que regulaba genéricamente su utilización era el art. 230 LOPJ, siendo bastante dudoso que la regulación efectuada en el citado precepto cumpliera con la exigencia de “calidad” o “adecuación” de ley, requerida por el TEDH para cualquier disposición que incida sobre las garantías reconocidas en el Convenio de Roma de 1950³⁵⁶, entre las que se encuentran el derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías³⁵⁷.

Así, la reglamentación de la videoconferencia en el proceso penal, se halla actualmente en los arts. 229.3 y 230.1 LOPJ y 306, 325, 448, 707 y 731 bis LECrim, haciéndose posible en virtud de estos preceptos la realización de diligencias de instrucción, de práctica de pruebas tanto anticipadas como en la vista, o intervención en cualquier fase del procedimiento por el Ministerio

³⁵⁶ Es doctrina habitual del TEDH la exigencia de previsibilidad de la “ley”, entendiéndose por esto “que las garantías que precisan la extensión y las modalidades del poder de apreciación de las autoridades deben figurar con detalle en el derecho interno”, debiéndose regular con suficiente claridad aquellas figuras que afecten a derechos y garantías fundamentales recogidos en el CEDH en el momento de los hechos, la extensión y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el campo considerado [STEDH núm. 842/1997, de 30 julio, asunto Valenzuela Contreras contra España (BDA TEDH 1998\31)].

³⁵⁷ ARNAIZ SERRANO, A., “Videoconferencia y audición telefónica de testigos”..., cit., p. 138.

Fiscal, a través del sistema de comunicación bidireccional de imagen y sonido.

A día de hoy, nos encontramos en una etapa en la que existe la regulación expresa del empleo de nuevas tecnologías, como la videoconferencia, pero que por parte de los miembros de la carrera judicial se exige desde hace varios meses, entre otras muchas cuestiones, una fuerte inversión en este sector para realizar su labor cotidiana con celeridad y eficacia ³⁵⁸. Fruto de estas reivindicaciones fue la aprobación por el Consejo General del Poder Judicial del segundo Plan de Modernización de la Justicia, con fecha 12 de noviembre de 2008, en el que se incluye entre las medidas destinadas a la llamada *e-justicia* (el empleo de tecnologías de información y comunicación en el ámbito judicial), la necesidad de incorporar una red de videoconferencia, y dotar a las Salas de vistas de este mecanismo audiovisual ³⁵⁹, y el compromiso del Ministerio de Justicia de destinar 20 millones de

³⁵⁸ “Las reivindicaciones de los jueces y las ofertas del Gobierno”, en El Mundo, 16 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/02/16/espana/1234781623.html> (fecha de consulta: 6 de abril de 2009).

³⁵⁹ Más información en <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2009).

euros para la modernización tecnológica de los órganos jurisdiccionales³⁶⁰.

Con todo, estos argumentos no parecieron convencer a los miembros de la carrera judicial, y el 18 de febrero de 2009, se produjo un hecho histórico en España: la primera huelga de jueces de nuestro país, secundada según las organizaciones convocantes por el 62% de los jueces que se encontraban actualmente en activo, en concreto 2.200. Atendiendo a estos datos, estamos en condiciones de afirmar, que debe incrementarse la instalación de tecnologías de información y comunicación en la Administración de Justicia en España, y que por otro lado, su utilización en aquellos lugares en los que efectivamente se han instalado, constituyen una herramienta de trabajo imprescindible para la mejor impartición de la justicia, fruto de las múltiples ventajas que pueden generar dichas tecnologías, como es el caso de la videoconferencia.

2. VENTAJAS E INCONVENIENTES

Partiendo del art. 731.bis LECrim podemos apreciar cuáles han sido los motivos que han movido al legislador a introducir el

³⁶⁰ “Justicia aportará 20 millones de euros en un plan de choque para la modernización tecnológica”, en *Diario del Derecho*, 29 de enero de 2009, RI §1033528, disponible en: <http://www.iustel.com> (fecha de consulta: 29 de marzo de 2009).

empleo de la videoconferencia en el proceso penal español. Este precepto establece lo siguiente: *“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”*.

En consecuencia, serán tres las razones que justifican la utilización de la videoconferencia en el proceso penal: a) de seguridad u orden público, b) de oportunidad y c) de utilidad.

Estamos en presencia de tres conceptos jurídicamente bastante indeterminados. En relación con la seguridad u orden público, al tratar el tema de la videoconferencia en el proceso penal italiano, hemos perfilado tales conceptos, y a ello nos remitimos. En el supuesto de la oportunidad, debemos entender en este caso que viene referido a la existencia de condiciones gravosas o perjudiciales para el imputado, el testigo, el perito, con una atención especial al menor de edad. En lo concerniente a la utilidad –el más vago de todos ellos– según el diccionario de la Real

Academia Española, se entiende por utilidad: “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”. No obstante, la definición que se da en un lenguaje académico, puede diferir notablemente de las concepciones que puede tener una palabra en Derecho. De este modo, en nuestra opinión, utilidad en relación con la videoconferencia, además de “provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo”, indica protección de especialmente vulnerables – incapaces, víctimas menores de edad, de delitos sexuales, de violencia de género-, dinamicidad –desde el mismo momento en el que una persona puede estar en varios lugares a la vez en un mismo acto- y versatilidad –todos los actos de prueba personal son susceptibles de realizarse a través de videoconferencia-.

Pese a la existencia de motivos de peso que evidencian que el empleo de la videoconferencia en un proceso penal está más que justificado, ya que son muchas las ventajas que comporta su utilización en la *praxis* judicial, existen a su vez una serie de inconvenientes que podrían limitar su empleo.

A) Aspectos beneficiosos que aconsejan el empleo de la videoconferencia en el proceso penal

La videoconferencia presenta en la práctica procesal diaria una serie de ventajas que pueden agruparse en dos puntos de vista:

desde una faceta judicial y desde un enfoque del ciudadano. Desde la perspectiva del sistema judicial, el uso de medios audiovisuales en el proceso despliega las siguientes preeminencias³⁶¹:

- a. Agilización de la actividad jurisdiccional. Permite en tiempo real la realización de actuaciones judiciales entre diferentes localizaciones distantes, tanto en espacio y tiempo, respecto de la sede del órgano jurisdiccional, que de hacerse por conducto ordinario tardarían semanas o meses.
- b. Mayor seguridad, pues se evita el traslado de reclusos y presos a los órganos judiciales, reduciéndose los riesgos de fuga y de accidentes de tráfico, así como posibles altercados entre las víctimas y los familiares del imputado o acusado, entre otros problemas de orden público.
- c. Reducción de desplazamientos y mayor eficacia, al poder intervenir testigos, peritos y partes con domicilio o residencia fuera del partido judicial del juzgado o tribunal actuante o también la imposibilidad de acudir a la citación judicial por razones personales (v. gr. enfermedad).
- d. Mejor organización del trabajo en los órganos judiciales, al eludirse desplazamientos o demoras en los señalamientos de

³⁶¹ MAGRO SERVET, V., “La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales”, en *AJA*, núm. 519, 2002, p. 2, VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y Administración de justicia”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2002, pp. 1777-1778.

las diferentes actuaciones judiciales por motivos de distancia física.

- e. Reducción de costes. Se evita el pago de dietas a peritos y testigos y los costes de custodia y traslado de presos. También las cuantiosas dispensas derivadas de la comparecencia como testigos de policías destinados en ese momento en otra comunidad autónoma o provincia, puesto que ya no tendrán que desplazarse y no habrá que pagar ningún gasto de locomoción o manutención.
- f. Ahorro de tiempo para profesionales y aumento de la eficiencia. Los más de 800 miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que emplean más de 7000.000 horas de servicio en el traslado y custodia de presos podrán dedicarse a otras tareas de seguridad en beneficio de los ciudadanos.
- g. Menor suspensión de juicios por incomparecencias, al permitir la videoconferencia, cuando las circunstancias así lo requieran, la sustitución de la presencia física, por la virtual.
- h. Seguimiento de un juicio oral de interés social por los medios de comunicación y por el público en general desde sala distinta, sin alterar, evitando ruidos, y manteniendo de esta forma la tranquilidad y serenidad que exige cualquier enjuiciamiento.

Desde un punto de vista de la ciudadanía, los beneficios que reportaría vendrían referidos a las siguientes cuestiones:

- a. Una mejor protección de la víctima o testigo, al declarar con unas mayores condiciones de tranquilidad y seguridad personal ³⁶², estando especialmente indicado para la violencia de género, abusos y agresiones a menores y crimen organizado.
- b. Un mejor acceso a la justicia y una comodidad para el ciudadano evitándole desplazamientos desde su lugar de residencia para prestar declaración testifical o pericial, produciéndose por este motivo una celeridad en la tramitación procesal³⁶³.

³⁶² MEDRANO I MOLINA, J. M., “La práctica de la prueba por soportes informáticos y audiovisuales en el proceso penal”, en *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 61, 2003, disponible en: http://www.alfa-redi.com/apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/medrano.pdf (fecha de consulta: 14 de agosto de 2007).

³⁶³ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “Videoconferencia y proceso penal”, en *Diario de Jurisprudencia el Derecho*, núm. 2182, núm. 2183, 2005, disponible en Base de Datos El Derecho (EDB 2005/164978): <http://online.elderecho.com/index.jsp> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2007).

B) *Elementos negativos que se pueden derivar de su utilización*

Las ventajas, como vemos son cuantiosas, pero no podemos pasar por alto, el hecho de que la videoconferencia puede presentar una serie de inconvenientes, y por tanto es nuestra obligación ponerlos de manifiesto, limitaciones que a continuación pasamos a enumerar:

- a. La primera de estas limitaciones vendría referida al hecho de que la videoconferencia no puede suplir el contacto personal, la percepción física no es comparable con la virtual, y ello a pesar de las mejoras que se han producido en los equipos técnicos, permitiendo que la presencia virtual cada día se asemeje más a la presencia física³⁶⁴. Pero, este inconveniente no lo es tal si se hace un uso adecuado, pues no se trata de utilizar este medio audiovisual de una manera indiscriminada huyendo de la presencia física de las partes en el proceso, sólo se podrá recurrir a su empleo cuando razones objetivas de utilidad, seguridad y orden público así lo justifiquen³⁶⁵. Este sería el caso de los llamados maxiprocesos o “procesos monstruo”, en los que hay

³⁶⁴ *Ibidem*.

³⁶⁵ FLORES PARAREDA, N., “Envío de escritos y documentos judiciales por vía electrónica y celebración de juicios a través de videoconferencia”, en *Boletín de Legislación El Derecho*, núm. 373, 2005, disponible en Base de Datos El Derecho (EDB 2005/12960): <http://online.elderecho.com> (fecha de consulta: 27 de julio de 2007).

múltiples acusados y un gran número de declaraciones testificales y periciales, en los que estaría especialmente indicado la práctica de todas aquellas actuaciones judiciales con este medio técnico, pues con él “se puede facilitar una mejor reproducción de los testimonios a través de primeros planos y de tomas diferentes desde ángulos distintos, pudiendo, llegar, incluso, a superar las posibilidades que arroja la presencia física de acusados, víctimas, testigos, peritos, etc.³⁶⁶” .

- b. Otro inconveniente es el hecho de que el sistema de videoconferencia pueda averiarse o tener un mal funcionamiento técnico. Aquí se plantea la cuestión de qué hacer cuando esto sucede durante el transcurso de una declaración o instantes antes de llevarse a cabo. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya sobre este aspecto, sin entrar en el fondo del asunto. Se trataba de un caso en el que estaba prevista la declaración testifical por videoconferencia de un agente de la Guardia Civil, prueba que fue solicitada por el Ministerio Fiscal y a la que se adhirió la defensa, pero por motivos técnicos no se pudo practicar. La defensa recurrió esta decisión por entender que se había vulnerado el derecho a la prueba y a la presunción de inocencia de su cliente, esgrimiendo que se debería haber

³⁶⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “Videoconferencia y proceso penal”..., cit.

suspendido la vista hasta que la deficiencia fuera reparada. El Tribunal Constitucional no entró en el fondo del asunto, a saber, si de no practicarse una prueba a través de videoconferencia vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, simplemente no admitió a trámite el recurso, por una cuestión formal, el Ministerio Fiscal había instado su retirada ante la imposibilidad de su práctica, y como la petición de esta prueba por la defensa no había sido nominal sino por adhesión a la solicitud del Ministerio Público, la denegación de práctica de dicha prueba no vulneraba derecho alguno³⁶⁷. A falta de regulación legal y doctrina jurisprudencial que nos indique qué hacer en caso de mal funcionamiento del sistema audiovisual, consideramos que se debe suspender el acto de la vista en el supuesto de que las pruebas a practicar sean a criterio del tribunal necesarias para el esclarecimiento de los hechos, y reanudarse cuando se hayan solventado las anomalías electrónicas, basándonos, a falta de norma expresa, en el art. 746.3º LECrim. En apoyo de esta opinión, debemos indicar que a juicio del Tribunal Supremo, cuando el órgano jurisdiccional entienda que la declaración del testigo o perito se haga imprescindible, no tiene potestad de decisión

³⁶⁷ Vid. ATC núm. 266/2007, de 25 mayo (BDA JUR 2007\147607).

sobre la suspensión, sino que esta debe ser obligatoria³⁶⁸. Con todo, en aras a evitar este posible problema, es recomendable que se utilice el adecuado soporte técnico, el necesario mantenimiento y una permanente renovación y actualización³⁶⁹.

- c. Un elemento que puede afectar al sistema de videoconferencia negativamente, por el hecho de tratarse de un medio de comunicación es el de su seguridad. Un canal de comunicación digital como el de la videoconferencia, que requiere la moderna tecnología de internet, puede sufrir diferentes ataques informáticos: ataques dirigidos a obtener información; ataques de acceso no autorizados; ataques de revelación de información; ataques de denegación de servicio, para dejar inservible el sistema³⁷⁰. Por todo ello el canal de comunicación puede llegar a ser inseguro, por intervenir una tercera persona en plena fase de transmisión, eliminando algún mensaje presente en el sistema o añadir información adicional, fingiendo ser uno de los participantes. Estos inconvenientes se pueden solventar a través de la confidencialidad, es decir, garantizando que no

³⁶⁸ STS de 21 de junio de 1982 (BDA RJ 1982\3554).

³⁶⁹ DE LA MATA AMAYA, J., "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales"... , cit., p. 1278.

³⁷⁰ DÍAZ, G., MUR, F., SANCRISTÓBAL, E., CASTRO, M., PEIRE, J., Seguridad en las comunicaciones y en la información, ed. UNED, Madrid, 2004, pp. 87-114.

se produzcan eventuales intrusiones mediante la técnica de la criptografía, y por medio de la autenticación de las personas que intervienen a través de videoconferencia, en aras a evitar que un sujeto se haga pasar por alguno de los llamados a intervenir a través de ese mecanismo audiovisual³⁷¹. Así, podemos enumerar las siguientes defensas posibles que se deberían instalar junto con el sistema de videoconferencia para hacer frente a hipotéticos ataques como los acabados de mencionar: esquemas de seguridad de sistemas operativos, sistemas de identificación y autenticación seguros, sistemas de cortafuegos, sistemas criptográficos, sistemas antivirus, sistemas de análisis de vulnerabilidades y sistemas de introducción de intrusos³⁷².

- d. Otro impedimento que se apunta para no instalar el sistema de videoconferencia en los juzgados es el de su elevado coste. No debemos apreciar esto como un obstáculo, ni como un dispendio desproporcionado, sino como una inversión, ya que si bien inicialmente los equipos de video y comunicación son caros de adquirir, instalar y mantener, con el tiempo es rentable, pues se ahorran muchas

³⁷¹ RICCOBENE, S., “Videoconferenza e sicurezza”, en AA. VV., *L'essame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata...*, cit., pp. 166-167.

³⁷² DÍAZ, G., MUR, F., SANCRISTÓBAL, E., CASTRO, M., PEIRE, J., *Seguridad en las comunicaciones y en la información...*, cit., pp. 30-31 y 117-280.

profusiones en desplazamientos, alojamientos, dietas, entre otros aspectos, erigiéndose este mecanismo a la larga en una reducción de gastos en el proceso.

- e. Para finalizar, debemos citar, como posible limitación, el impacto psicológico que puede tener en la conciencia de quién debe determinar la culpabilidad o inocencia del acusado (magistrado o Jurado), la declaración de un testigo por videoconferencia. En Estados Unidos existe todo un estudio muy elaborado de cómo debe comportarse el acusado o el testigo en el momento de prestar declaración ante el Jurado, es lo que se conoce como *demeanor evidence*³⁷³. Si ya de por sí tenemos en cuenta que ciertas formas de hablar, de gesticular, o de vestir, ayudan a provocar una sensación de credibilidad en el declarante por los que deben emitir un veredicto, le añadimos que la deposición va a ser vista por una pantalla de televisión, se pueden incorporar aún más aspectos a ese comportamiento, como pueden ser planos cortos o la ubicación de la cámara,

³⁷³ El Juez Abraham L. Freedman, en 1967 en la sentencia *Government of Virgin Islands v. Aquino*, 378 F.2d 540, explicaba la importancia de la *demeanor evidence*: “El comportamiento tiene la importancia extrema en la determinación de la credibilidad de un testigo. Las innumerables indicaciones reveladoras que se extraen de un testigo durante el curso de su interrogatorio son a menudo mucho más indicativas para el juez o el jurado a la hora de establecer su credibilidad y la fiabilidad de su declaración que el significado literal de sus palabras”. Sentencia disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 9 de noviembre de 2007).

que pueden coadyuvar aún más a transmitir ese mensaje de credibilidad, utilizándose como estrategia para declinar un fallo favorable sobre la parte que ha planeado toda esta treta³⁷⁴.

³⁷⁴ Sobre *demeanor evidence* y videoconferencia, vid. ROTH, M., “Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and adversarial truth”..., cit. pp. 199-201.

CAPÍTULO SEGUNDO

PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES SUSCEPTIBLES DE QUEBRANTAMIENTO POR EL EMPLEO DEL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

I. INTRODUCCIÓN: SEGURIDAD, PELIGROSIDAD Y PROCESO PENAL

A lo largo de la historia, la sociedad europea ha pasado por diferentes períodos históricos: la era de las civilizaciones griegas y romanas; la etapa oscura de la Edad Media; el Renacimiento cuya filosofía se centraba en el “humanismo” y cuyo régimen político se basaba en las monarquías absolutas; la edad moderna, como consecuencia de la Revolución Francesa y de la Ilustración; la sociedad industrial, en la que se instauran los parámetros de una estructura social moderna y de masas; encontrándonos actualmente en la llamada era digital.

Pese a la escasez de derechos y libertades en todas estas etapas anteriores al período histórico actual, la población vivía ajena a todos los avatares y vicisitudes que se podían presentar en su quehacer diario. Por ejemplo: las graves epidemias mortales que hoy en día se hallan erradicadas en nuestro entorno -lepra, peste, tuberculosis, escarlatina, entre otras-; la sobreexplotación de la clase obrera -rozando la esclavitud-; o el mayor drama popular de todos, a saber, el hambre; cuestiones todas ellas que generaban una vida llena de infortunios y desdichas, y como corolario de todo, una esperanza de vida paupérrima.

A pesar de todas estas contingencias, no existía ningún tipo de preocupación acerca de la delincuencia, de la alta mortandad o de

la escasez de recursos económicos. Estas dificultades formaban parte de la sociedad y se asumían como algo cotidiano, con lo que había que coexistir, adjuntándolo a su propia supervivencia, sin otro tipo de consideración funesta ni fatal, es decir, se convivía con ello como otra cuestión diaria más, sin darle la menor importancia.

La sociedad europea actual disfruta de una calidad de vida envidiable, aunque la grave crisis económica que estamos padeciendo nos impida apreciar lo contrario: alta esperanza de vida; escasas enfermedades mortales contagiosas; ausencia de carestía alimentaria; reconocimiento de derechos y libertades fundamentales inherentes a todo ser humano; y regímenes políticos democráticos³⁷⁵. Pero a pesar de haber ostentado un pasado desolador, con fenómenos tan recientes como las dictaduras fascistas, nazis y comunistas -equivalentes a represión, supresión de derechos, hambruna y muerte-, el verdadero terror y el estado de alarma permanente paradójicamente se ha dado y se está dando con mucha mayor fuerza a finales del siglo XX e inicios del XXI.

Hemos pasado del sufijo “-ismo” (liberalismo, fascismo, nazismo o comunismo) al prefijo “post-” (postindustrial o

³⁷⁵ Si bien este sistema está siendo en puesto en cuestión por la gran mayoría de las sociedades europeas a raíz de la que bien podríamos denominar “Dictadura de los Mercados”, de ahí el surgimiento de plataformas como el 15M o “Democracia Real ya”, lo cierto es que el poder soberano sigue residiendo en el pueblo, aunque, en nuestra opinión, se trata de sistemas democráticos que requieren de una profunda revisión en aras a mejorar las instituciones democráticas.

postmodernidad), camuflándose y emergiendo tras ese “post-”, la llamada “sociedad del riesgo” (*Risikogesellschaft*), expresión acuñada por BECK en su obra homónima publicada en 1986³⁷⁶.

El llamado “primer mundo” se ha convertido en una sociedad materialista, cuyo vacío espiritual en las personas ha venido generado por el escaso convencimiento de la existencia de una deidad y el consiguiente abandono de las creencias religiosas - recordemos aquella célebre frase de *El Quijote*: “Primeramente ¡oh hijo! has de temer a Dios; porque en el temerle está la sabiduría, y siendo sabio no podrás errar en nada”-. Se ha pasado del temor al castigo divino, al temor a cuestiones netamente terrenales, y que curiosamente, siempre han existido: inseguridad ciudadana, los efectos del terrorismo, pandemias, inmigración ilegal o ciclos económicos recesivos.

Y esta sensación de temor, de vivir bajo un “permanente riesgo”, ha provocado un viraje de la política criminal y procesal de los poderes políticos, mediante, principalmente, el aumento de la punibilidad en los hechos criminales y la restricción de derechos fundamentales³⁷⁷.

³⁷⁶ Vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (trad. NAVARRO, J., JIMÉNEZ, D., BORRÁS, R.), ed. Paidós, Barcelona, 1986.

³⁷⁷ Tal es el caso de las medidas cautelares personales, en las que se han endurecido los presupuestos de la adopción de la prisión preventiva, medida que se adoptará en más de una ocasión como antelación de la pena, en lugar de una medida propiamente cautelar

A raíz de estos factores sociológicos, se puede apreciar un cambio en el anhelo de los propios ciudadanos en la impartición de justicia. Anteriormente el eje pivotante de la justicia penal era la “libertad” del individuo, actualmente lo constituye la eficacia judicial basada en parámetros de seguridad.

Esa firme defensa llevada a cabo por parte de la Escuela de la exégesis en Francia y de la Escuela histórica alemana del siglo XIX, en pro de la autonomía epistemológica de las disciplinas jurídicas y el rechazo a cualquier contaminación proveniente de las ciencias sociales y filosóficas ha claudicado hoy en día en materia penal.

La política criminal se ha visto contaminada por la sociología popular, ha surgido lo que se viene a denominar como “populismo punitivo”, en virtud del cual la población es la que insta a los poderes públicos a intervenir de manera drástica a fin de garantizar su seguridad personal, entendida como seguridad general.

A raíz de estas nuevas directrices sociales y políticas, se ha sustituido el Derecho penal garantista por otro modelo: el derecho penal de la seguridad ciudadana³⁷⁸.

³⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (fecha de consulta: 24 de julio de 2009).

1. LA LLAMADA SOCIEDAD DEL RIESGO

Se puede definir la sociedad del riesgo como aquél momento histórico que estamos viviendo, en el que se están produciendo una serie de debates, reformulaciones y nuevas prácticas de poder. Nos encontraríamos en el contexto de una sociedad postindustrial en la que los principios básicos de modernidad en los que se apuntalaba han sido relevados sustancialmente por otros, de un cariz más taxativo, basados en parámetros de protección de la seguridad ciudadana.

Como hemos indicado unas líneas más arriba, el primer doctrinario que habló de la aparición de la sociedad del riesgo fue Ulrich Beck. Este autor expuso con una gran visión de la realidad, una serie de cambios que se estaban produciendo y que no estaban siendo percibidos por nadie, ni tan siquiera por los estudiosos de las ciencias político-sociales. Se podían apreciar una serie de aspectos que influían de manera directa y relevante en las nuevas generaciones sociales -la revolución de la mujer, la aniquilación de nuestro ecosistema, la introducción de las nuevas tecnologías, la desaparición de las fuertes distinciones entre el capitalismo y el marxismo, entre otras-, y que en cierto modo, propiciaban la formación de una sociedad con una marcada distinción entre sus diferentes clases sociales.

Por todo ello fenómenos como la aparición de nuevas enfermedades; el cataclismo ecológico, el desempleo y la escasa protección social estatal, los penosos sistemas educativos y el aumento de enfermedades psicológicas –estrés, esquizofrenia derivada del consumo de sustancias psicotrópicas o depresiones profundas-, hacen que exista una cierta opresión hacia todas aquellas personas que no tienen recursos económicos, produciendo una dominación de las clases sociales altas sobre el resto de estratos poblacionales, hasta el extremo que como consecuencia de las drásticas políticas de recortes sociales, basadas en la austeridad para superar la grave crisis económica y financiera que estamos padeciendo, está desapareciendo en Europa el sostén de toda economía de un país desarrollado para que se considere como tal: las clases medias. Sin embargo, los señores trabajadores de traje con corbata no se sienten identificados con el proletariado y apoyan esta nueva sociedad dominante, sin percatarse que ellos mismos son los propios dominados. En suma, esta nueva modernidad puede ser el germen desencadenante de la extinción de la raza humana³⁷⁹.

Este cambio de sociedad, cimentado en principios políticos de seguridad, va a proferir, como venimos advirtiendo, una profunda reformulación en el derecho material y formal de carácter penal.

³⁷⁹ Cfr. BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad...*, cit.

A partir de los años ochenta con el asentamiento global del crimen organizado, se hace visible un cambio en el proceso penal: un proceso penal “coercitivo”, que ejercerá funciones de control social sobre la sanción penal a través de la “custodia cautelar”³⁸⁰. Esto viene determinado por cuanto el proceso penal ha dejado de tener como valor supremo en su aplicación el derecho a la libertad - herencia del Estado Liberal predominante en la mayoría de países europeos en el momento en el que se acometieron sus codificaciones legislativas- en beneficio de lo que parece vislumbrarse como una prerrogativa de la sociedad, o como apunta HASSEMER un nuevo bien jurídico³⁸¹: la seguridad de los ciudadanos.

De esta suerte hoy en día existe una confrontación social y doctrinal entre estos dos principios –los cuales, dicho sea de paso, se encuentran entre los principios que han de informar nuestro ordenamiento jurídico-³⁸².

³⁸⁰ MOCCIA, S., *La perenne emergenza...*, cit., p. 144.

³⁸¹ HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad: bases para un teoría de la imputación en derecho penal* (trad. DÍAZ PITA, M. M., MUÑOZ CONDE, F.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 81.

³⁸² La Exposición de Motivos de nuestra Constitución indica que “la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”. Por su parte el art. 1.1 CE nos dice que la libertad es uno de los valores supremos de nuestro ordenamiento jurídico y a su vez el art. 17 CE proclama que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

El permanente sentido de riesgo que percibe la ciudadanía –en nuestra opinión, no justificado-, traducido en la aprehensión de ausencia de seguridad, han provocado el surgimiento de una nueva corriente doctrinal que propugna la adopción de una serie de políticas penales y procesales de protección de los ciudadanos frente al llamado “enemigo interno”. Esta corriente doctrinal es conocida como “Derecho Penal del Enemigo”³⁸³.

El Derecho penal del enemigo se erige en oposición al derecho penal del ciudadano, como aquél derecho que garantiza la seguridad cognitiva de la sociedad, neutralizando aquellos individuos que son en realidad sus enemigos. Estos últimos pueden llegar a construir su identidad al margen del derecho, pero debido a las propias características de la sociedad pueden incluso desenvolverse como personas y mantener oculta esa enemistad. A diferencia del ciudadano, el enemigo –exterior– no ataca la

³⁸³ No nos hallamos ante un concepto nuevo, este ya fue acuñado por Hobbes y Rousseau aunque en la actualidad está cobrando una gran fuerza entre un sector doctrinal importante hallándose a la cabeza de este pensamiento Günther JAKOBS. Sobre la doctrina actual del Derecho penal del enemigo se recomienda consultar: CANCIO MELIÁ, M., JAKOBS, G., *Derecho penal del enemigo*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; AA. VV., *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, V.), vols. 1 y 2, ed. B de F, Montevideo, 2006; GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; MONTERO CRUZ, E. L., *La legitimidad del Derecho Penal del enemigo*, ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2011. Acerca de la génesis de este derecho vid. PÉREZ DEL VALLE, C., “Sobre los orígenes del ‘Derecho penal de enemigo’. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 71, 2001, pp. 597-613.

identidad social, sino la seguridad de los bienes. La sociedad, consciente de este riesgo, mantiene la garantía cognitiva de las personas con el restablecimiento de unas condiciones aceptables del entorno, a través del adelantamiento de la punibilidad con penas no reducidas de acuerdo con ese adelantamiento y con la disminución de garantías procesales, todo ello en relación con parcelas determinadas de la delincuencia³⁸⁴, en las que el autor del hecho punible es tratado siempre como fuente de peligro.

Este nuevo sistema penal, cuestiona los principios clásicos en los que se ha sustentado tradicionalmente el Derecho penal, y propugna el impulso de reformas encaminadas desde una perspectiva material al endurecimiento de la legislación penal y desde una faceta procesal a una restricción de sus garantías procesales³⁸⁵.

Estos son indudablemente los criterios de política criminal que se han llevado a cabo últimamente en las legislaciones europeas³⁸⁶.

³⁸⁴ PÉREZ DEL VALLLE, C., “Sobre los orígenes del ‘Derecho penal de enemigo’...”, cit., pp. 598-599.

³⁸⁵ DAMÍAN MORENO, J., “¿Un derecho procesal de enemigos?”, en AA. VV., *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, V.), vol. 1, ed. B de F, Montevideo, 2006, p. 458.

³⁸⁶ Un ejemplo lo constituye la reforma del Código Penal español de 1995, por Ley 15/2003, de 25 de noviembre (BOE núm. 283, 26 noviembre 2003) o la Ley Orgánica 1/1992, de 21 febrero, de seguridad ciudadana (BOE núm. 46, 22 febrero 1992). Siendo paradigma de esta corriente el proyecto de Código Penal elaborado por el Ministerio de Justicia aprobado recientemente por el Consejo de Ministros el pasado 11 de octubre de 2.011, información disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta 23 de mayo de 2.013).

La profesora BARONA VILAR, nos ofrece una serie de reflexiones en torno a esta cuestión. Existe “por un lado, una necesidad de adecuar el modelo procesal penal a unos parámetros utilitaristas, economicistas, bajo una defensa a ultranza de la celeridad y el menor coste de la justicia; y por otro, una aplicación del Derecho desde dos visiones diferentes³⁸⁷, creando un derecho de dos velocidades, en el que se ha optado por abandonar el mundo de las libertades para dar paso al mundo del control, de la seguridad ciudadana, de las garantías sociales controladas; un mundo globalizado desde una concepción ultraconservadora caracterizada por un sectario intervencionismo estatal, que refleja una desigualdad de trato, una aceptación de la suavización de la vara punitiva relativa subjetiva y tendenciosa, que convive simultáneamente con un endurecimiento punitivo”³⁸⁸.

³⁸⁷ A este respecto, SILVA SÁNCHEZ plantea un derecho penal de “dos velocidades”: un derecho penal que sería el “punto medio” entre un derecho penal amplio y flexible y un derecho penal mínimo y rígido. Por un lado, tendríamos un Derecho punitivo principal, en el que se conservarían todas las garantías tradicionales en los supuestos de concurrencia de penas privativas de libertad. Por otro lado, habría un Derecho penal secundario, en el que los criterios de imputación se flexibilizarían y las garantías penales y procesales podrían suavizarse, si bien este Derecho penal adventicio vendría referido a la presencia de penas privativas de derechos, multas y sanciones recaídas sobre personas jurídicas. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. B de F, Buenos Aires, 2011, pp. 178-182.

³⁸⁸ BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 23.

Entendemos, compartiendo el criterio de la mencionada autora, que la aplicación de un Derecho penal dependiendo del sujeto, haciendo una discriminación entre individuos, negando el principio de igualdad entre los mismos y suprimiendo el derecho a la libertad –principio informador de las sociedades democráticas–, es peligroso, e inaceptable. No se puede invocar la seguridad como un valor superior que prevalece por encima de otros derechos fundamentales, utilizar este principio como emblema para lograr una justicia más eficaz, es en todo punto rechazable³⁸⁹.

No obstante, la expansión del Derecho penal es una realidad, pues se han adoptado unos criterios dogmáticos de imputación elásticos y se han degradado las garantías penales y procesales³⁹⁰.

Y la culminación en nuestro país de esta expansión del Derecho Penal, viene dado por el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la seguridad ciudadana, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el pasado 11 de julio de 2014³⁹¹, aprobado a su vez por el Congreso de los Diputados el 11 de diciembre de 2014³⁹², y que no se espera que varíe en el Senado dada la mayoría

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 23.

³⁹⁰ PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 308.

³⁹¹ Aprobado por el Consejo de Ministros de 11 de julio de 2014, información disponible <http://www.lamoncloa.gob.es> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014).

³⁹² Susceptible consultarse en <https://www.congreso.es> (fecha de consulta: 11 de diciembre de 2014).

parlamentaria absoluta del partido que nos gobierna en dicha Cámara.

En dicho proyecto, con la excusa de protegernos a los ciudadanos del “enemigo” y garantizarnos nuestra protección y “tranquilidad” (art. 1 del citado proyecto), se endurecen nuevamente las penas de determinados tipos delictivos, se restringen los derechos de reunión y manifestación y se posibilita la retención de los ciudadanos por parte de los miembros y fuerzas de seguridad del Estado durante nada menos que 6 horas por los motivos que se estimen conveniente sin necesidad de justificación alguna³⁹³.

Por tanto, estamos ante una clara degradación de nuestro Estado de Derecho, y ello extendido a las garantías que se deben observar en todo proceso penal, en nuestra opinión, tal y como diría ROBESPIERRE, un proceso sin forma, sin reglas, sin principios fundamentales, no es tal proceso. Los actos que se ejecuten bajo esa apariencia serán “operaciones sublimes”, pero no estarán ungidos de justicia³⁹⁴.

³⁹³ Texto susceptible de consultarse en: <http://www.lamoncloa.gob.es> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

³⁹⁴ NOBILI, M., «Cosa si puo' rispondere all'invettiva di robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: “voi invocate le forme perche' non avete principi?»», disponible en: <http://www.camerapenediroma.org/robespie.htm> (fecha de consulta: 24 de julio de 2009).

2. LA LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA

Como reacción a esa sociedad que vive “amenazada” por un riesgo constante, se han venido modificando sucesivamente los Código Penales y las legislaciones de procedimientos criminales. Se ha omitido una reforma ordenada y coherente de estos textos legislativos, y se ha optado por numerosas reformas, efectuadas al amparo del crecimiento del fenómeno criminal organizado. Presentadas siempre como disposiciones de carácter excepcional, y en algunos lugares como Italia, también con un carácter provisional, pero que posteriormente se convalidan, pasando a ser definitivas.

En esta tesitura “ha nacido un micro-sistema, no siempre coherente pero bastante unitario, de legislación excepcional o de emergencia” presentes en los códigos vigentes³⁹⁵.

La legislación de emergencia, desde una perspectiva penal, se sintetiza en la no observación del principio de taxatividad, en la indeterminación de las figuras penales sometidas a la intervención sancionadora, y en la subjetivación del tipo penal. En una faceta estrictamente procesal, al igual que la parte sustantiva, ha

³⁹⁵ RESTA, E., “Il diritto penale premiale: ‘Nuove’ strategie di controllo sociale”, en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 1, 1983, p. 48.

registrado abundantes intervenciones modificativas, inspiradas en la necesidad puntual vivida en ese momento, con lo cual se ha terminado por alterar el sistema procesal³⁹⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha utilizado ese mecanismo legislativo de emergencia en nuestro Código Penal de 1995 –desde su entrada en vigor ha sido modificado 33 veces- y en nuestra decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal³⁹⁷.

Se ha abusado con creces de esta técnica legislativa en Europa, piénsese en Alemania, Italia y Francia, además de España. Sobre todo en materia de terrorismo –Alemania, Francia y España-, así como en los delitos subversivos contra el orden del Estado – el caso de Italia, en clara referencia a la mafia como organización criminal desestabilizadora del Estado-.

La legislación de emergencia en el ámbito penal es consecuencia directa de la sociedad del riesgo. La ciudadanía demanda a los poderes públicos, una mayor implicación en la erradicación de estos patrones de peligrosidad y de violencia, debiéndose dirigir esas políticas de anulación del fenómeno criminal fundamentalmente a situaciones que generan una grave

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 48.

³⁹⁷ En nuestra opinión estos sucesivos cambios legislativos, se encuadrarían dentro del fenómeno de la legislación de emergencia. Si bien, no estaríamos ante reformas encuadradas en leyes ajena al Código Penal con una vigencia temporal, estimamos que sólo por el hecho de tratarse de múltiples modificaciones realizadas en un breve lapso de tiempo, ya merecen ser consideradas como legislación de emergencia.

alarma social: delincuencia juvenil, violencia de género y crimen organizado en general.

La población entiende que determinados hechos criminales que producen una tumultuosa alarma social –por ejemplo la violación de una niña de 13 años, con una minusvalía psíquica por siete jóvenes menores de edad³⁹⁸, deben prevenirse y aplicar una pena ejemplificadora, para que estos hechos deleznable no vuelvan a suceder.

Sin embargo, ante hechos sociales que requieren respuestas sociales y penales, los poderes políticos han optado por legislar a golpe de efecto mediático. La ponderación correcta en aras a erradicar la violencia la constituiría el *triunvirato* prevención - retribución ejemplar - reinserción social. La triste realidad nos muestra que no existen políticas criminales preventivas ni resocializadoras, únicamente retributivas. El legislador se dedica a parchear las normas sustantivas y procesales de carácter penal, a través de reformas que difícilmente pueden resolver problemas sociales si no se parte de la educación y de la reeducación. Y parte de culpa la tienen los propios medios de comunicación, los cuales siembran entre los ciudadanos esa perspectiva de horror y terror, en las que la comisión de un delito hace meditar al espectador e

³⁹⁸ Noticia consultada en:
<http://www.publico.es/espana/239689/tres/menores/detenidos/presunta/violacion/nina/anos> (fecha de consulta: 24 de julio de 2009).

inmediatamente adquirir la sensación de poder sufrir una brutal agresión en su persona.

Este es el modo en el que se difunde entre la opinión pública las mentadas manifestaciones de inseguridad, degradándose la influencia en la opinión pública respecto de lo que fue su finalidad primigenia: la denuncia de injusticias.

El gran filósofo francés VOLTAIRE fue precisamente el progenitor de la “influencia sobre la opinión pública” con la mirada puesta en lugar que en toda Europa se debatiera un supuesto de condena a muerte arbitraria: la ejecución de “Jean Calas”³⁹⁹. Sin embargo, la influencia en la opinión pública como mecanismo de presión contra los poderes fácticos para resolver ciertas injusticias,

³⁹⁹ Jean Calas, era un próspero comerciante francés, que vio como un hijo se quitaba la vida. Ante los problemas sociales y religiosos que acarrearba en aquella época el suicidio, trató de ocultar el motivo verdadero de su muerte. En un momento histórico convulso desde punto de vista religioso, en el que Francia estaba dividida entre católicos y calvinistas, se le acusó de asesinar a su propio hijo al descubrir que este pretendía convertirse al catolicismo. Jean Calas fue juzgado y ejecutado. Esto implicaba para su familia la pérdida de todas sus propiedades y de sus derechos civiles. Su viuda solicitó ayuda a Voltaire, uno de los hombres más famosos de la época, y este puso todo su talento en marcha en aras a lograr una revisión de aquél juicio para que se declarara inocente al comerciante inocente. Una de las estrategias empleadas fue la difusión por toda Europa de esta noticia y de los hechos que habían rodeado al trágico suceso. De este modo logró orientar la opinión de la población, de manera que se reclamaba públicamente justicia para Jean Calas, y efectivamente, se produjo un juicio de revisión de la condena, en la que por unanimidad le declararon inocente post-mortem, recobrando de nuevo su familiar el honor, sus derechos civiles y sus propiedades expropiadas. Vid. VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia* (trad. CHIES, C.), ed. Crítica, Barcelona, 1977. Sobre el asunto Jean Calas se puede consultar la siguiente página web: <http://www.site-magister.com/afcal.htm> (fecha de consulta: 7 de agosto de 2009).

se ha convertido en mecanismo de apremio para legislar injustamente, de manera atemporal y sin sentido común.

Con todo, esta legislación de emergencia, en ocasiones no es del todo negativa, pues precisamente a través de diferentes leyes que ya hemos citado en el Capítulo I de este trabajo, se modificó la LOPJ y la LECrim, para el empleo de la videoconferencia en el ámbito penal, en determinados supuestos.

En el caso concreto de la videoconferencia entendemos que no es nociva esta forma de reglamentación, pues su regulación era imperiosa y necesaria, ante el vacío legal que implicaba su empleo, amén de consistir en un instrumento eficaz para la impartición de la justicia, pues a fin de cuentas la eficacia de este tipo de legislación deberá valorarse por sus consecuencias. Pero, debemos apuntar que dadas las prisas del legislador por regular la utilización de medios audiovisuales en el proceso penal, habida cuenta que se empleaba de manera habitual en los Juzgados y Tribunales sin que existiera un amparo normativo en su aplicación, tuvo como fruto unas normas sobre esa materia bastante imprecisas e indeterminadas⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011 se lleva a término una regulación más exhaustiva del empleo de la videoconferencia en las actuaciones penales, si bien al haberse producido un cambio de gobierno a los pocos meses de su aprobación, este Anteproyecto ha caído en el olvido y lo cierto es que se vislumbra lejana la posibilidad de tener una nueva LECrim acorde con los nuevos tiempos dado el TACPP propuesto por la Comisión Institucional para la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. el TACPP se halla disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2.013).

En cierto modo esta manera de legislar, en atención a la seguridad ciudadana, ha cristalizado en una nueva forma de gobernar a la sociedad civil: legislar sobre el fenómeno criminal⁴⁰¹. El sentimiento subjetivo de ser víctima por parte de la gran mayoría de la ciudadanía⁴⁰², determina esta forma de gobierno. Se acogen en cierta medida, las tesis del Derecho Penal del Enemigo, en cuanto a la restricción de garantías procesales de los imputados.

La regulación de la videoconferencia, no está exenta de esa impregnación de políticas restrictivas con el “enemigo interno”. En nuestra LECrim existe una serie de preceptos que posibilitan la adopción de la participación a distancia del imputado-acusado en todas las diligencias en las que deba intervenir, incluido el

⁴⁰¹ DEL ROSAL BLASCO, B., “¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/> (fecha de consulta: 31 de julio de 2009).

⁴⁰² “La noción de seguridad ciudadana tiene tres dimensiones: la objetiva, la subjetiva y la tolerable. La primera está relacionada con la victimización. Es la probabilidad estadística de ser víctima de un delito. El sentimiento subjetivo de seguridad es la percepción que tienen las personas del riesgo de sufrir un delito. Está asociado al miedo. Puede ser socialmente más trascendente que los niveles reales de desviación. Es esa percepción la que determina la tolerancia, las actitudes hacia la diferencia, la que influye en las demandas de seguridad, y en las actitudes frente a las instituciones y el delito. La inseguridad tolerable tiene que ver con ese umbral de aceptación o no de los riesgos. Se trata de una cuestión cultural, ideológica incluso, y con conexiones políticas”. THOMÉ, H.I., *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*, tesis doctoral dirigida por TORRENTE ROBLES, D., Facultad de Sociología, Universidad de Barcelona, 2004, pp. 41-42, disponible íntegramente en: <http://www.tdr.cesca.es/> (fecha de consulta: 7 de julio de 2009).

seguimiento del acto de juicio oral por razones de seguridad, a través de videoconferencia, desde el centro penitenciario en el que se hallen reclusos (arts. 325 y 731.bis LECrim). Y esto supone categóricamente una restricción de su derecho de defensa –como analizaremos con mayor ahondamiento a lo largo de este capítulo-, y un acogimiento claro a los postulados del Derecho Penal del Enemigo.

Esta regulación es fruto de la psicosis en la que está envuelta nuestra sociedad. No obstante la inseguridad que nos rodea, no es directamente proporcional a la delincuencia, sino a otros factores sociológicos como es la incertidumbre de nuestras relaciones familiares, sociales y laborales -mayor número de divorcios, existencia del despido libre- y en el abandono de la familia como núcleo central de protección, siendo la vida de las personas excesivamente individualista. En resumen, para gozar de seguridad debe existir cohesión social y solidaridad⁴⁰³, elementos que actualmente están prácticamente extinguidos.

⁴⁰³ *Ibidem.*

3. LA INFLUENCIA DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO EN LA
REGULACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA EN LAS
DECLARACIONES Y PARTICIPACIONES A DISTANCIA DEL
IMPUTADO-ACUSADO

Ya hemos indicado que la decisión del empleo de la videoconferencia en el proceso penal obedece, dependiendo del sujeto que declare a través de ella, a razones de seguridad, de desvictimación o de aseguramiento de la práctica de prueba.

Estas condiciones son las que determinan la catalogación de un individuo como peligroso, y en relación con esta calificación, se decide que siga el juicio desde el centro penitenciario en el que se halle recluido –presos preventivos o reos por otros delitos- a través de medios audiovisuales, con una merma en sus garantías procesales.

Sin embargo, en un polo opuesto, desde el prisma de la seguridad, puede contar con una serie de ventajas, como la eliminación de posibles riesgos de fuga. De esta forma el proceso alcanzaría con absoluta certeza su fin normal que es la sentencia. Se garantiza que el delito ha tenido castigo y no ha quedado impune, amén de liberar a la sociedad de un delincuente peligroso, el cual cumplirá condena, y durante el tiempo que se encuentre recluido, no llevará a término actividades criminales.

A partir de este planteamiento, se puede apreciar que quién atente contra la seguridad o la supervivencia del Estado, no puede ser considerado como delincuente, sino más bien como un “enemigo”, y contra él no sirven las reglas del Derecho, sino las de la fuerza y la represión⁴⁰⁴, negando, en principio, a una persona uno de los derechos fundamentales de “primera división”: el derecho de defensa.

Restringir determinados derechos con el empleo de la videoconferencia en la persona del imputado-acusado, va a implicar un despojo de su *status personae*, pues se le niega su condición de ser humano.

En los supuestos en los que se aplique al imputado peligroso este medio audiovisual como método de participación en el proceso, vendrá referido a su condición de “enemigo”. “Enemigo”, al que los doctrinarios de este Derecho penal de nombre homónimo, le atribuyen la condición de “no-persona”.

No consideramos que el calificativo “no-persona” sea una mera cuestión semántica, ni mucho menos “un exceso verbal”, como nos dice SILVA SÁNCHEZ. Pues según el referido autor, no estamos ante una exclusión del *status* de la persona, sino de una reducción del *status civitatis*, en el bien entendido que al

⁴⁰⁴ FERRAJOLI, L., “Emergenza penale e crisi della giurisdizione”, en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, vol. 2, 1984, p. 289.

imputado peligroso le alcanza de modo pleno la protección que el Derecho dispensa a las personas frente a terceros, y esto lleva al autor a la conclusión de que no se puede hablar de “enemistad absoluta”⁴⁰⁵.

No estamos ante una cuestión secundaria, sino ante una contraposición entre seguridad y derechos fundamentales de las personas. El discurso garantista está en crisis y se concibe como una mala alternativa al sistema actual⁴⁰⁶. Una sociedad cuyo sentimiento subjetivo de agitación que le hace percibir de manera permanente la sensación de sufrir un delito, sólo puede tener como respuesta a esa preocupación la legislación de emergencia para cubrir esta percepción de inseguridad.

La sociedad se sitúa inmediatamente en la posición de la víctima, pero nunca en la situación del delincuente. Sin embargo existe un trasfondo que la ciudadanía no ubica en su mente: cualquier persona puede ser víctima de un delito, pero nadie estamos exentos de una posible acusación de la comisión de un hecho criminal, aún en el caso de ser inocentes. ¿Se pasará de ser un “modélico ciudadano” a un “enemigo”?

⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.J., “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, en AA. VV., *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, V.), vol. 2, ed. B de F, Montevideo, 2006, pp. 986-987.

⁴⁰⁶ BARATTA, A., SILBERNAGL, M., “La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale”, en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 3, 1983, p. 546.

Ejemplos no faltan. Un claro supuesto de gran repercusión mediática fue el caso de Diego. Este hombre sufrió un drama personal que seguramente le dejará secuelas psicológicas de por vida. La hija de su compañera sentimental sufrió un accidente jugando. Al día siguiente la pequeña sentía unos graves dolores, lo cual motivó que Diego decidiera llevarla al servicio de urgencias de un hospital. Se produjo una negligencia médica en la que se dictaminaba por el facultativo que la menor había sufrido una agresión sexual. Ante esta situación se actuó como ordena el Protocolo contra la violencia doméstica arresando a Diego como presunto autor de un delito de agresión sexual. Hubo un linchamiento mediático y social. Este hombre tenía que ser escoltado para no ser agredido por la multitud que se agolpaba ante sus entradas y salidas de la Comisaría. Su vida e integridad física corría grave peligro, y para el mayor de los colmos un diario de tirada nacional situaba en su portada a toda página una fotografía de Diego subtitulándola “la mirada de un asesino”⁴⁰⁷. A los pocos días se verificó que el informe pericial había sido erróneo, que no existió nunca ninguna agresión sexual y que la niña había fallecido como consecuencias del golpe sufrido en la caída de un columpio. Se puso en peligro la vida de un inocente sólo por ser considerado

⁴⁰⁷ Noticia disponible en: <http://14deabril.wordpress.com/2009/12/01/abc-y-la-mirada-del-asesino/> (fecha de consulta: 4 de febrero de 2010).

un enemigo de nuestra sociedad, un “monstruo” que no tiene derecho a ser ciudadano.

¿Cómo es posible que en una sociedad democrática, avanzada y supuestamente civilizada suceda este tipo de fenómenos?

Esta cuestión, sólo puede tener una respuesta: desde el momento en el que determinados delitos considerados como elementos de peligro para la seguridad del Estado y de sus instituciones, son excusa para realizar una legislación coercitiva y represora de derechos y garantías constitucionales, esa legislación y jurisdicción de emergencia devienen ilegítimas tanto desde un punto jurídico como desde un punto de vista político y social.

De ahí, que en nuestra opinión, la nueva regulación propuesta en el TACPP, sea una regulación abocada al más absoluto fracaso, pues en lugar de optar por la reinserción social del delincuente, se opta por la imposición de medidas de seguridad, consistentes en libertad vigilada e incluso en control de seguridad de aquéllos sujetos que una vez hayan cumplido con su condena se estime que son personas con riesgo de volver a delinquir o incluso que se junten con personas que le puedan inducir a cometer delitos⁴⁰⁸. Es

⁴⁰⁸ En este sentido cfr. Exposición de Motivos V, y los arts. cuadragésimo sexto a octavo, quincuagésimo tercero, quincuagésimo sexto, quincuagésimo octavo y noveno, del Anteproyecto de Ley del Código Penal que modifica los preceptos del actual Código Penal e introduce a su vez una nueva redacción en lo que a las medidas de seguridad del sujeto considerado peligroso se refiere, con una clara merma de los derechos civiles de los autores de un delito (arts. 80 a 84, 92, 95, 97 y 98 CP).

decir, sustituimos la reinserción y rehabilitación del delincuente, por un método de prevención basado en la videncia, pues se adoptarán medidas con base a futuros comportamientos, eso sí, sin los mecanismos de predicción que nos relataba Steven Spielberg en su película “Minority report”.

En consecuencia, la utilización de la videoconferencia en el proceso penal debe encontrarse en el punto intermedio entre garantías procesales y protección de la víctima. Su empleo debe ser la excepción, sólo se utilizarán ante situaciones ciertamente particulares, y no como mecanismo de reducción de derechos fundamentales de los considerados “enemigos”.

Ante esta dicotomía entre seguridad y garantías procesales, así como la protección a testigos y sobre todo a víctimas -en palabras de BARONA VILAR, “las grandes abandonadas en el sistema punitivo”-⁴⁰⁹, vamos a analizar en este capítulo los derechos y principios procesales fundamentales que pueden verse quebrantados por la utilización del sistema de videoconferencia. Teniendo como punto de salida en este estudio el planteamiento de una posible merma de las garantías procesales penales en pro de la seguridad, de la eficacia procesal y de la desvictimación.

⁴⁰⁹ BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 167.

II. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PROCESALES QUE PUEDEN VERSE COMPROMETIDOS POR EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA

El Derecho penal y el Derecho procesal penal son dos ámbitos del Derecho que se complementan entre sí, uno necesita del otro. El castigo penal que lleva aparejada la comisión de un hecho tipificado como delito o falta sólo puede ser asignado por el Estado, de forma que el ofendido o perjudicado por el delito no ostenta ningún derecho subjetivo material alguno a la imposición de penas.

El Estado delega el *ius puniendi* a los tribunales, estos a su vez son los aplicadores del Derecho penal, quedando en sus manos la práctica de este monopolio, cuya aplicación solamente se puede llevar a cabo a través de un único cauce: el proceso. Sólo se va a imponer una pena a la persona que haya realizado un acto que sea tipificado por ley como delito, en calidad de autor, cómplice, cooperador necesario o inductor, tras la oportuna celebración de un juicio público en el que se hayan observado todas las garantías, -tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral-. Juicio en el que el acusado no estará nunca obligado a demostrar su inocencia, sino que han de existir pruebas de cargo que desvirtúen esta presunción, amén de que la decisión final del juzgador ha de plasmarse en una sentencia debidamente motivada, susceptible

siempre de ser revisada por medio del adecuado sistema de recursos.

En conclusión, el proceso penal es el encargado de que los derechos fundamentales y las garantías procesales plasmadas en las Constituciones no se vean incumplidos en la imposición de una pena, ya que en las sociedades democráticas en las que impera un derecho procesal liberal, no autoritario, se deben reconocer todas las garantías procesales que pueda disfrutar el acusado. Una sociedad civilizada no puede tolerar el hecho de que se condene a un inocente; en beneficio del Estado, será menos gravoso el riesgo contrario: la absolución de un culpable.

La implementación de la videoconferencia en el proceso penal puede limitar algunas garantías procesales consagradas en nuestra Constitución: inmediación, contradicción, publicidad, oralidad y concentración y unidad de acto.

Por esta razón se hace indispensable saber si el empleo de dicho medio técnico puede implicar, en general, la vulneración de la celebración de un juicio público con todas las garantías. Para ello, vamos a realizar un análisis de todos los principios acabados de mencionar, en aras a averiguar si efectivamente se produce un quebrantamiento de los mismos.

Con todo, en nuestra opinión han de quedar enterrados en el pasado los debates acerca de qué principios han de regir los modernos procesos penales, la discusión doctrinal se ha de centrar

en la acomodación de los principios clásicos a los nuevos mecanismos tecnológicos incorporados a la Administración de Justicia.

En definitiva, los principios procesales no han de ser vistos como meras premisas doctrinarias sino como auténticas herramientas decisivas para que el proceso penal satisfaga plenamente los derechos de las partes involucradas, proceso que retribuirá aún más si cabe las exigencias de eficacia y justicia que demanda la sociedad si junto al verdadero cumplimiento de los principios del proceso se introducen las nuevas tecnologías en la Administración de justicia.

1. INMEDIACIÓN

En el estudio de la posible fricción entre los principios y garantías fundamentales con el empleo de la videoconferencia, comenzaremos analizando el principio de inmediación, el cual por su interdependencia con el resto de principios procesales, resulta en nuestra opinión, el pilar básico sobre el que se sustenta el proceso penal⁴¹⁰.

⁴¹⁰ De esta suerte, RUIZ BADILLO, en su Voto Particular a la STC núm. 172/1997, de 14 de octubre (BDA RTC 1997\172) apunta la interconexión entre el principio de oralidad y el de inmediación, señalando que son “compañeros de viaje” hasta el extremo que uno no se puede entender sin el otro.

Su observancia en este terreno jurisdiccional alcanza una gran magnitud jurídica por tratarse de un principio que ha de formar parte del contenido esencial del derecho fundamental a un proceso penal con todas las garantías (art. 24.2 CE), en el que “residen las mejores esperanzas de una justicia sana, eficaz y rápida”⁴¹¹, y por otro lado, estamos ante uno de los principios rectores de la práctica de prueba, pues en el supuesto de que la actividad probatoria se llevase a cabo sin la oportuna intermediación, se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia⁴¹².

Con toda probabilidad, la introducción en el proceso penal de las nuevas tecnologías en general y particularmente de la videoconferencia, inciden en la intermediación más que en ningún otro principio del proceso o del procedimiento penal, pues dicho principio desde un punto de vista tradicional implica contacto personal y directo, es decir sin intermediarios y presencia física en la Sala de Vistas.

Con el empleo de medios audiovisuales en la práctica de diligencias de investigación y de prueba de carácter personal resulta necesario realizar un estudio sobre los mentados elementos con el fin de determinar si es necesario reformular el marco

⁴¹¹ EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1963, p. 30.

⁴¹² En este sentido consúltese SSTC núm. 7, de 8 de febrero de 1999 (BDA RTC 1999\7); núm. 68, de 21 de marzo de 2002 (BDA RTC 2002\21); núm. 219, de 25 de noviembre de 2002 (BDA RTC 2002\219); núm. 206, de 1 de diciembre de 2003 (BDA RTC 2003\206).

conceptual del principio de inmediación. En este sentido se ha abierto un gran debate doctrinal en torno a una cuestión cardinal si por “presencia” ha de entenderse “presencia física”, o cabe la posibilidad de admitir la “presencia virtual” como concepto que tiene cabida dentro de la inmediación procesal.

No estamos ante una cuestión baladí, pues de considerarse que el contacto audiovisual entre el juez y las partes, testigos o peritos intervinientes a través de medios audiovisuales no se estimara equiparable esta situación a “presencia física en la Sala”, se tendría que entender que se ha producido la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y que la actividad probatoria practicada sin la debida inmediación vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

A) La inmediación como principio integrante del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías

El principio de inmediación es aplicable a todas las jurisdicciones, empero, alcanza un valor fundamental en el proceso penal. La inmediación se traduce en la necesidad de que la prueba se practique en la fase de juicio oral, constituyendo la única que merece el calificativo de verdadera prueba en un proceso por

delitos o faltas⁴¹³. Es, por ello, en consecuencia, que el fallo que va a emitir el juzgador se encuentra prácticamente condicionado por el alcance de lo que el juez pueda percibir de forma inmediata a través de sus sentidos durante el juicio.

Paradójicamente, cuanto más mediata y remota sea la percepción por parte del juez de las actividades desarrolladas en el proceso por las partes, por los letrados y por el resto de personas intervinientes en el mismo, más se puede alejar la posibilidad certera de dictar una resolución ajustada a derecho.

Si bien en todos los procesos se han de emitir decisiones conforme a Derecho, en un proceso penal esta resolución cobra una mayor trascendencia, por cuanto puede afectar seriamente a uno de los derechos intrínsecos a nuestra condición humana, un derecho de primera generación: el derecho a la libertad.

Ante el especial alcance de los intereses que se dilucidan en un proceso criminal, nuestro ordenamiento jurídico regula un aspecto en el orden jurisdiccional penal: las actuaciones realizadas por las partes para preparar el juicio. No obstante en el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo esa fase preparatoria no se encuentra recogida en ninguna de sus leyes procedimentales,

⁴¹³ DE URBANO CASTRILLO, E., “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en *Derechos procesales fundamentales* (coords. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., LÓPEZ LÓPEZ, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Manuales de Formación Continuada, Madrid, 2005, p. 556.

únicamente se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal esa preparación previa al juicio.

De esta forma tenemos una fase de instrucción -que no puede dejar de ser escrita por las finalidades que con ella se persiguen y los actos en que se resuelve-, y otra de juicio oral -que ha de responder a los principios procedimentales de oralidad, concentración e inmediación-⁴¹⁴.

El principio de inmediación desempeñará un papel muy diferente en ambas fases, dado que no tiene la misma intensidad en la fase preliminar que en la de plenario. Resulta inconcebible un fallo por un juez o magistrado que no haya asistido a la práctica de la prueba, hecho que no opera con total rotundidad en la fase sumarial en la que se permite que unos actos se practiquen con un Juez y otros ante otro, sin especial trascendencia⁴¹⁵.

Así se nos advierte por MONTERO AROCA al hablarnos de la inmediación. Según el citado autor este principio supone que el juez o los magistrados deben formar su convicción sobre los hechos, con las pruebas practicadas oralmente en su presencia, con lo visto y con lo oído en el juicio y no con la plasmación o reflejo documental que queda de las actuaciones de las pruebas

⁴¹⁴ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 180.

⁴¹⁵ DE URBANO CASTRILLO, E., “Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad”, en *Revista Poder judicial*, núm. 19, 2006, pp. 169-170.

practicadas. Esto es precisamente lo que justifica una consecuencia básica de la inmediación: la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la realización del juicio oral, y de esta forma, sólo podrán dictar sentencia el juez o los magistrados ante los que se ha desarrollado el plenario, formándose su convicción sólo en lo visto y en lo oído personalmente en el juicio⁴¹⁶.

En nuestra LECrim no existe ninguna mención a la inmediación, como viene siendo habitual en nuestros viejos textos procesales, si bien esta carencia se corrigió con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil al rubricar de manera expresa en su Capítulo III del Título V del Libro I: “De la inmediación, la publicidad y la lengua oficial”. En nuestro código de proceso penal, este principio se encuentra recogido de una manera tácita en el art. 741 LECrim, el cual establece que: “El Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

No se trata de un reconocimiento expreso sino implícito; conclusión a la que se llega tras verificar que en la formación de la convicción del juzgador, si no existiera la inmediatividad, no

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 180-181.

podría apreciar “según su conciencia” las pruebas practicadas en el juicio y dictar sentencia.

Ni tan siquiera en el TACPP, pese a que el art. 4 se titula “principios de oralidad, publicidad e inmediación” se realiza una definición de lo que se entiende por inmediación, pues se limita a indicar que las pruebas se han de practicar ante el Juzgador⁴¹⁷.

En definitiva, “la presencia física del juzgador en un proceso de prevalencia de pruebas de carácter personal precisa conocerlas directamente”⁴¹⁸. Este principio, también se puede inferir de la dicción del art. 702 LECrim relativo a la práctica de prueba testifical al establecer que “todos los que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 410 a 412 inclusive están obligados a declarar, lo harán concurriendo ante el Tribunal, sin otra excepción que las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 412, las cuales podrán hacerlo por escrito”.

En esta tesitura, debemos poner de relieve la concepción de la inmediación concebida por GOLDSCHMIDT, en cuya virtud este principio vincula al juez en dos sentidos: un sentido objetivo o formal, que le obliga a relacionarse lo más directamente posible con las pruebas practicadas en el acto de juicio oral y un sentido objetivo o material que viene a referirse a la utilización de aquellos

⁴¹⁷ Este texto articulado está disponible en su integridad en : <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

⁴¹⁸ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso penal*, ed. Forum, Barcelona, 1996, p.36.

medios de prueba que se encuentren en la más directa relación con el hecho a probar⁴¹⁹.

Se trata de una distinción que es manejada por la doctrina científica en general, así por ejemplo ROXIN nos dice que el tribunal que dicta sentencia debe percibir -inmediación formal- y extraer los hechos por sí mismo de las fuentes -inmediación material-, sin emplear ninguna prueba subrogada⁴²⁰.

Esta distinción es asumida por nuestro Tribunal Constitucional con ocasión del primer pronunciamiento que efectuó en relación con el proceso penal, en concreto en la Sentencia núm. 31/1981, de 28 de julio⁴²¹. Sin hacer una mención expresa a la inmediación hace alusión al aspecto formal y material de la misma en el Fundamento Jurídico tercero de la citada resolución⁴²². De este modo señala que “el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo

⁴¹⁹ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 146-147.

⁴²⁰ ROXIN, C., KERN, E., *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, ed. Beck, München, 1991, p. 303.

⁴²¹ BDA RTC 1981\31.

⁴²² BACIGALUPO ZAPATER, E., “La noción de un proceso con todas las garantías”, en AA. VV., *Derechos procesales fundamentales*, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005, p. 517.

contenido en la sentencia” –aspecto formal-; teniendo también en cuenta que «las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 de la LECrim son “las pruebas practicadas en el juicio”, luego el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él (“secundum allegata et probata”)) -aspecto material-.

En un sentido formal, la inmediación implicará que el Tribunal ha de ver y oír la prueba por sí mismo, no a través de intermediarios; por ello, el Tribunal que no ha visto ni oído la prueba sólo puede pronunciarse sobre cuestiones de derecho, pero nunca de hecho, a excepción del beneficio del acusado en la constatación de la inexistencia de prueba de cargo⁴²³.

Desde un punto de vista material, la inmediación determinará que los medios de prueba han de ser directos, descartándose al efecto las pruebas de carácter indirecto, es decir, si existen testigos directos habrá que prescindir de los de referencia, y si se puede probar directamente, se prescindirá de la prueba indiciaria.

Como indica EISNER, con la inmediación se pretende que el juez obtenga “la interpretación o representación más fiel del problema de hecho y de derecho que se discute en el juicio, como la visión más exacta posible de los hechos y acontecimientos controvertidos por las partes y en los que estas fundan su posición. Es decir, intentamos poner al juzgador en las mejores condiciones

⁴²³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 129.

posibles de observación para acercarlo, cuando se pudiera, al conocimiento de la verdad”⁴²⁴.

Estamos ante un medio práctico que convierte al Juez en un técnico del Derecho y a la inmediación en una herramienta indispensable para lograr uno de los fines del proceso: la averiguación de la verdad; pues de los gestos, de determinadas actitudes del propio acusado, de los peritos y testigos, “sólo se puede saber si mienten o dicen la verdad mirándoles a los ojos, oyendo el tono de su voz y observando sus gestos”⁴²⁵. La inmediación logra poner de “relieve el carácter presencial de los medios de prueba más importantes y frecuentes -el testimonio, la pericia y la inspección ocular- practicados ante Jueces profesionales con suficiente experiencia bajo el fuego graneado del interrogatorio cruzado y la crítica del testimonio, propios aquél y ésta del principio de contradicción”⁴²⁶.

No obstante, el principio de inmediación no posee únicamente un valor que ha de regir la actuación del juzgador, sino que posee la categoría de principio constitucional, si bien no se encuentra reconocido expresamente en ningún precepto constitucional forma

⁴²⁴ EISNER, I., *La inmediación en el proceso...*, cit., p. 34.

⁴²⁵ STC núm. 59/2000, de 2 de marzo (BDA RTC 2000\59).

⁴²⁶ EISNER, I., *La inmediación en el proceso...*, cit., p. 34.

parte del principio de presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías⁴²⁷.

En relación con la presunción de inocencia se exige para poder ser desvirtuada una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de algún modo de cargo y que, por tanto, pueda deducirse la culpabilidad del procesado, producida con las debidas garantías procesales⁴²⁸. “Y es que el principio de libre apreciación de la prueba -que es atributo y garantía de la función jurisdiccional- presupone la existencia de una actividad probatoria de cargo, normalmente, y en principio, practicada en el acto del juicio oral, para que tengan vida y eficacia los principios de oralidad, contradicción e inmediación, también con relevancia constitucional (art. 24 y 120 C. E.)”⁴²⁹.

Por otro lado, la apreciación de las pruebas del art. 741 LECrim, no sólo se efectúa en cumplimiento de esta regla legalmente establecida, sino también como consecuencia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen el proceso penal y que se vinculan directamente con el derecho del

⁴²⁷ Así viene reconocido por el Tribunal Constitucional, el cual entiende que este principio no queda circunscrito únicamente al proceso penal sino a todas aquellas actuaciones judiciales cuya naturaleza sea predominantemente oral, ya que la oralidad del procedimiento exige la inmediación judicial. F.J. 3 STC núm. 64, de 1 de marzo de 1993 (BDA RTC 1993\64).

⁴²⁸ F.J. 2 STC núm. 145/1985, de 28 de octubre (BDA RTC 1985\145); F.J. 2 STC núm. 41/1991, de 25 de febrero (BDA RTC 1991\41).

⁴²⁹ F.J. 2 STC núm. 150/1987, de 1 de octubre (BDA RTC 1987\150).

interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

En suma, el principio de inmediación se halla de este modo subsumido en el derecho a un proceso con todas las garantías⁴³⁰; de esta suerte si no se observase en un proceso la concurrencia del derecho a un proceso con todas las garantías, tampoco se advertirá el derecho a la presunción de inocencia, habida cuenta que toda condena ha de fundamentarse en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción⁴³¹. La presunción de inocencia implica que el juzgador ha de alcanzar la certeza absoluta en torno a la condición de culpable del acusado -en caso contrario, no puede ser condenado- y esa certeza absoluta únicamente se alcanza con la observancia e incorporación al procedimiento de pruebas incriminatorias suficientes examinadas directas y personalmente por el Juez o Tribunal para desvirtuar la presunción de inocencia del inculpado.

⁴³⁰ Cfr. entre otras: SSTC núm. 172/1997, de 14 de octubre (BDA RTC 1997\172), núm. 167/2002, de 18 de septiembre (BDA RTC 2002\167) y núm. 203/2005, de 18 de julio (BDA RTC 2005\203).

⁴³¹ F.J. 2 STC núm. 134/2007, de 4 de junio (BDA RTC 2007\134); en el mismo sentido cfr.: SSTC núm. 189/2003, 27 de octubre (BDA RTC 2003\189), núm. 10/2004, de 9 de febrero (BDA RTC 2004\10) y núm. 200/2004, de 15 de noviembre (BDA RTC 2004\200).

A estas alturas, de lo explicado hasta el momento, nos hallamos en una posición óptima para extraer una serie de conclusiones:

- a. La prueba ha de practicarse necesariamente en el acto de juicio oral.
- b. No se puede dar la prueba por reproducida, es decir, las declaraciones que se efectúen en la fase de investigación, han de repetirse de nuevo en la fase de plenario.
- c. En virtud de la reflexión anterior, la prueba anticipada y preconstituida va a suscitar una serie de problemas.
- d. Dado el carácter directo de la prueba, la lectura de las declaraciones de los testigos y ausentes y la comparecencia de testigos de referencia, generará también una serie de complicaciones.
- e. La declaración a través de videoconferencia, suscitará dudas en cuanto a si estamos ante una prueba directa o indirecta.

La intermediación tal y como la hemos estado analizando, vendría entendida de un modo muy restrictivo, y en consecuencia, no permitiría la práctica de la llamada “prueba subrogada”, verbigracia la testifical de referencia o en general aquélla que no pueda ser valorada y practicada física y directamente ante el

Tribunal. No obstante la inmediación no ha de ser percibida de una manera tan rígida, sino como nos indica DE URBANO CASTRILLO, en la misma se han de distinguir diferentes niveles⁴³²:

- a. Un primer nivel referido a las “pruebas personales” que exigirían la indefectible presencia física del Juez o Tribunal.
- b. Un segundo grado relativo a las “pruebas reales”, como por ejemplo los documentos o los reconocimientos, en los que es posible apreciar su constancia.
- c. Y por último, un tercer nivel, el de la inmediación virtual, que comprendería la práctica de pruebas personales a distancia del juzgador a través de comunicaciones bidireccionales de imagen y sonido.

B) Videoconferencia e inmediación

Analizado brevemente qué es el principio de inmediación y explicada su trascendencia en el proceso penal, nos debemos plantear una cuestión subyacente en todo lo que hemos dicho hasta

⁴³² DE URBANO CASTRILLO, E., “Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad”..., cit., pp. 155-156.

el momento sobre el mentado principio: ¿vulnera el empleo de la videoconferencia en el proceso penal la inmediación?

La doctrina no es unánime en este punto concreto. Un sector mayoritario entiende que tal quebrantamiento no existe, si bien los razonamientos que se arguyen en este sentido no son unísonos, sino que son muy variopintos.

Uno de estos argumentos consistiría en considerar que la videoconferencia favorece precisamente la inmediación. Esta sería la línea doctrinal mantenida por TIRADO ESTRADA, en virtud de la cual este medio audiovisual no empece ni obstaculiza la mejor percepción sensorial sino que más bien la facilita⁴³³. En un mismo sentido VELASCO NÚÑEZ deduce que el sistema de videoconferencia potencia la inmediación judicial, pues en el caso de que el órgano jurisdiccional deba practicar diligencias fuera de su sede judicial ya no se mostrará obligado a delegar su práctica en otro Juzgado o Tribunal -práctica que se venía obrando hasta ahora a través del auxilio judicial-, así los interrogatorios dejan de hacerse por escrito y se pasa a la frescura del interrogatorio en vivo⁴³⁴.

⁴³³ TIRADO ESTRADA, J. J., “La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio judicial internacional en el proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2003, p. 407.

⁴³⁴ VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y Administración de justicia”..., cit., p. 1779, DE LA MATA AMAYA también aboga porque la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido en tiempo real no supone ningún

Otros autores como GARDERES van más allá, sugiriendo la revisión del marco conceptual del principio de inmediación, pues según este autor “resulta incontrastable que la videoconferencia conlleva una revolución conceptual que necesariamente alcanza a las ideas que definen el principio de inmediación procesal: contacto, comunicación, diálogo, presencia, distancia, proximidad, ausencia de intermediarios”⁴³⁵.

Por su parte, existe una serie de autores, sin discurso doctrinal propio que, basándose en la célebre definición de CARNELUTTI sobre la inmediación comparándola con “la percepción de los hombres por la percepción de las cosas”⁴³⁶, justifican el hecho de que el empleo de medios audiovisuales en el proceso no produce vulneración alguna del principio de inmediatividad.

Esta remisión a la frase de CARNELUTTI, no puede ser considerada un argumento solvente a la hora de defender el respeto del mencionado principio con el uso de la videoconferencia; es más, se hace una interpretación partidista de lo que realmente el

obstáculo para la inmediación sino precisamente un mejor cumplimiento de este principio, vid. DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”..., cit., p. 1279.

⁴³⁵ GARDERES, S., “El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la “videoconferencia””, en *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal en homenaje a la Escuela Procesalista Uruguayas, 16 a 18 de octubre de 2002*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, p. 744.

⁴³⁶ CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.) ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 159.

mencionado autor pretendía explicar, porque cuando habla de la intermediación, se refiere a “acortar las distancias”, abarcando esa distancia no sólo una condición física sino también espiritual.

CARNELUTTI otorga una gran relevancia al aspecto espiritual de la intermediación, al consistir ésta en “una directiva, en la cual, en particular los jueces y los defensores, deberán inspirarse”, para conseguir el diálogo de las partes en el proceso, lográndolo sólo si hay buenas relaciones entre ellas. Pero matiza, que el plano físico es también importante, pues “una disposición del aula de la audiencia, en que los defensores se encuentran tan distantes de los jueces, es poco propicia a aquel contacto espiritual, al cual sobre todo la intermediación se refiere”⁴³⁷. A todo ello hay que referir que el mencionado procesalista italiano también asevera que “la prueba es tanto más segura cuanto más próxima a los sentidos del juez se halle el hecho de probar”⁴³⁸.

Podemos, por ello, concluir que de la explicación que realiza este doctrinario italiano acerca de la intermediación, no podemos deducir sin más que de sus palabras se puede argumentar fundamentos a favor del empleo de la videoconferencia, pues para una mejor apreciación de la prueba, esta se debe practicar lo más cercanamente posible al juzgador.

⁴³⁷ CARNELUTTI, F., *Derecho procesal civil y penal*, vol. I (trad. SENTIS MELENDO, S.), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pp. 177-178.

⁴³⁸ CARNELUTTI, F., *La prueba civil...*, cit. p. 55.

En el lado opuesto a este conjunto de autores que estiman que la videoconferencia no vulnera el principio de inmediación en el proceso penal, nos encontramos con un sector doctrinal minoritario que considera que con la utilización de este medio audiovisual en los procedimientos criminales, en determinados supuestos, sí se transgrediría la inmediación. Este sería el caso de MORENO CATENA, quién considera que en el concreto supuesto de participación virtual y no física del fiscal en el procedimiento penal, mediante las técnicas audiovisuales de comunicación bidireccional en tiempo real, se produciría un grave atentado a la inmediación en el procedimiento de quien tiene atribuida en virtud del art. 124.1 CE la función de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos. Se iniciaría de este modo “un deslizamiento hacia figuras ensayadas en otros ordenamientos jurídicos, como la de los jueces sin rostro en Colombia, que suponen un grave atentado a las garantías procesales”⁴³⁹.

No podemos llegar al extremo de equiparar la participación a distancia del Ministerio Fiscal con la “Justicia sin rostro”, pues este sistema -un tanto esquizofrénico- adoptado en Colombia, implica el anonimato de jueces, fiscales y testigos con la finalidad de protegerles de los constantes atentados que han venido sufriendo,

⁴³⁹ MORENO CATENA, V., *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 54.

así como de las presiones ejercitadas sobre los mismos por organizaciones criminales cuyo objetivo era la mediatización de sus resoluciones⁴⁴⁰. Es de recibo que el Ministerio Fiscal, o cualquier sujeto que intervenga en el proceso penal virtualmente, van a estar debidamente identificados, exceptuándose, como es lógico, el supuesto de los testigos protegidos.

La intermediación consiste en entrar en relación directa con el testigo, perito o acusado, viéndolo y oyéndole precisamente cuando se le hacen las preguntas y cuando las responde⁴⁴¹. No se puede afirmar, en consecuencia, tan categóricamente que la videoconferencia potencia la intermediación, pues ésta no puede dar al juez o Tribunal la inmejorable posición que le otorga para la valoración y control de las actuaciones procesales por hallarse presente físicamente en el mismo lugar que el declarante, habida cuenta que la intermediación permite apreciar mucho mejor los gestos, tonos e inseguridades, de lo que pudiera visualizarse a través de una pantalla⁴⁴².

De ahí que autores como CABEZUDO RODRÍGUEZ, consideren que el empleo de la videoconferencia en la instrucción

⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RIVERO ORTEGA, R., “Jueces sin rostro: una crítica desde las garantías del derecho colombiano”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 59, 2000, pp. 15-16.

⁴⁴¹ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón...*, cit., p. 183.

⁴⁴² HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)...*, cit., p. 210.

es altamente recomendable en determinadas situaciones, por cuanto su objeto no va más allá de la comprobación de los hechos investigados y, en su caso, la identificación de sus autores, pero en el caso del juicio oral, se debería limitar al máximo su utilización pues la inmediación real ha de tener plena vigencia siempre que fuera posible⁴⁴³.

No obstante, pese a las interferencias que pudiera generar la utilización de mecanismos audiovisuales en el principio de inmediación procesal, la jurisprudencia de nuestro país se posiciona en el mismo sentido que la doctrina mayoritaria: no existe quebrantamiento del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia⁴⁴⁴.

Es más, nuestro Alto Tribunal ha reconocido la utilidad de este medio en el proceso penal, incluso antes de su regulación en la LECrim: “Ciertamente que hoy existen procedimientos técnicos, como la videoconferencia, que permiten conectar la sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se encuentran los testigos y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera allí físicamente presente, con lo cual la inmediación quedaría también

⁴⁴³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.010, p. 74.

⁴⁴⁴ Vid. SSTS núm. 671/2005, de 30 de mayo (BDA RJ 2005\9706), núm. 957/2006, de 5 de octubre (BDA RJ 2006\7103), núm. 1315/2007, de 5 de enero (BDA RJ 2007\279) y núm. 191/2007, de 5 de marzo (BDA RJ 2007\1783).

satisfecha”⁴⁴⁵. Y es que es doctrina pacífica del Tribunal Supremo que el empleo de la técnica audiovisual de la videoconferencia en las declaraciones testificales y periciales, desde el mismo momento en el que permiten comunicación bidireccional, “es posible afirmar la necesaria intermediación, así como la oralidad y contradicción, a pesar de encontrarse el testigo en otro lugar, luego a pesar de no haber un contacto visual directo”⁴⁴⁶.

En consecuencia, la práctica de prueba por medio del auxilio de la videoconferencia en atención a los arts. 11.1 y 240.2 LOPJ nunca podrá ser declarada nula de pleno derecho si se alegasen que tales exploraciones no se practicaron en presencia del Juez -aun cuando este fuera el de Instrucción-, y tal declaración se decretara prueba preconstituida. Al producirse la intervención del Juez Instructor y del resto de partes, aunque sea a través del sistema de videoconferencia, se ve cumplido el principio de intermediación así como el de contradicción⁴⁴⁷.

Pese a la admisión por la jurisprudencia del empleo en el proceso penal de este medio telemático, tenemos que remarcar que su utilización ha de ser de carácter excepcional. No se puede emplear de un modo habitual en la toma de cualquier declaración que deba sustanciarse en el proceso, no se puede convertir esta

⁴⁴⁵ STS núm. 1781/2001, de 5 de octubre (BDA RJ 2001\9045).

⁴⁴⁶ ATS núm. 961/2005, de 16 junio (BDA JUR 2005\160903).

⁴⁴⁷ F.J. 1 SAP de Barcelona (Sección 6ª), núm. 242, de 31 marzo de 2008 (BDA ARP 2008\312).

excepción en una regla general; entre otras razones: porque su utilización nunca puede equipararse bajo ningún concepto al interrogatorio que se practica físicamente ante el órgano enjuiciador; y porque existe un riesgo, aunque controlable, de que especialistas en medios audiovisuales tergiversen la emisión de las imágenes.

En relación con este último extremo, resulta bastante sorprendente la manipulación que se puede llevar a cabo en las declaraciones testificales por videoconferencia con simples efectos aparentemente inocuos. De esta suerte, la existencia de un fondo determinado, de mayor o menor luminosidad o de más o menos color, pueden ser elementos que sirvan de estímulos inconscientes a la hora de interpretar a favor o en contra la versión del deponente. Por estas razones, se hace imprescindible una observancia de las garantías técnicas que impidan una eventual manipulación y una toma en consideración por el juzgador de la presencia de estas posibles influencias indirectas⁴⁴⁸.

Tras trazar cuál es la línea doctrinal y jurisprudencial que opera en esta materia, ha llegado la hora de que nos posicionemos en este extremo. Nuestra visión particular vislumbra como la intermediación queda afectada por el uso de la videoconferencia en la

⁴⁴⁸ BUJOSA VADELL, L. M., “Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal”, en *Diario La ley*, núm. 5627, 7 de octubre de 2002, pp. 4-5.

práctica de prueba, pero no resta herida de muerte. Dicho esto, habría que puntualizar que la apreciación de la inmediación no va a tener la misma relevancia en las declaraciones que se efectúen en la fase de instrucción y las realizadas en la fase de juicio oral.

En el primer supuesto, porque esas declaraciones van encaminadas a la averiguación de la verdad y a la determinación de sus hipotéticos responsables. En el segundo caso, tales deposiciones constituirán medios de prueba de cargo o de descargo de la responsabilidad criminal de la persona que ha sido procesada y acusada.

En suma, la inmediación no puede llegar a tener el mismo valor en las mencionadas fases procedimentales: en la fase de investigación, será determinante para el conocimiento de los hechos y la averiguación de la verdad; en la de juicio oral, se utilizará como técnica de formación de pruebas. En esta tesitura, en el procedimiento preliminar judicial, la declaración de un testigo, o de un imputado a través de videoconferencia, no friccionará bajo ningún concepto la inmediatividad, pues lo único que necesita el juez instructor en su investigación es el conocimiento de los hechos.

Sin embargo, en la fase de juicio oral, con el empleo de técnicas audiovisuales bidireccionales, la inmediación sí se verá en cierto modo trastocada, al constituir un elemento esencial para la valoración de la prueba en el bien entendido que a través de la

misma “el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial”⁴⁴⁹.

En suma, estamos ante un elemento que se ha de observar siempre para que se produzca la correcta valoración de las pruebas practicadas en juicio⁴⁵⁰, cobrando una mayor trascendencia aún si cabe, en aquellos supuestos en los que la declaración de la víctima es la única prueba de cargo, de suerte que la *ratio decidendi*, se va a centrar en la valoración de la credibilidad de su deposición.

Por tanto, en las declaraciones de testigos-víctimas menores de edad, mujeres maltratadas, o agredidas sexualmente, a saber, víctimas especialmente vulnerables –cuyas testificales serán en la gran mayoría de casos, la única prueba disponible, por tratarse de delitos perpetrados en una esfera *interpersonal*, o *intrafamiliar*-, supuestos en los que se recomienda acuciadamente el empleo de la videoconferencia como mecanismo desvictimizador, el valor de la intermediación será doble, determinado *in primis* no sólo por las testificales, sino también, por otro tipo de pruebas.

⁴⁴⁹ STS núm. 1423/2002, de 14 de julio (BDA RJ 2002\7786).

⁴⁵⁰ SSTC núm. 145/1985, de 28 octubre (BDA RTC 1985\145); Sentencia núm. 148/1985, de 30 octubre (BDA RTC 1985\148); Sentencia núm. 57/1986, de 14 mayo (BDA RTC 1986\57); Sentencia núm. 145/1987, de 23 septiembre (BDA RTC 1987\145); Sentencia núm. 188/2002, de 14 octubre (BDA RTC 2002\188).

Dicho todo esto, debemos partir siempre de que “un sistema procesal moderno no puede desconocer estas técnicas –medios audiovisuales- si bien, como es lógico, debe agotar todas las posibilidades de lograr la presencia real y de utilizar estas alternativas cuando sea prácticamente imposible la comparecencia por hallarse en lugares remotos o cuando lo aconsejen incluso razones de seguridad del testigo o también cuando la causa se ha demorado en exceso por incomparecencia o trabas reiteradas que la Sala puede valorar como obstruccionismo procesal”⁴⁵¹.

El proceso penal no puede quedarse anclado en el pasado y debe adaptarse a los nuevos tiempos, en los que las nuevas tecnologías ofrecen una serie de ventajas para paliar los inconvenientes que se pueden plantear en las declaraciones de los testigos.

Por todo ello, afirmar que la inmediatez no se observa en una declaración por videoconferencia, no es del todo exacto. La declaración física de una persona en la Vista, implica que el juzgador forme su convicción, además de por lo visto, también por el lenguaje gestual del deponente. Estos signos de comunicación no verbal, también van a ser observados por el juez en la pantalla ubicada en la Sala a través de la cual se observará la testificación.

⁴⁵¹ F.J. 1, STS núm. 644/2008, de 10 octubre (BDA RJ 2008\7193).

Es más, no se puede afirmar seriamente en una sentencia que a la hora de razonar sobre la credibilidad del deponente, que éste mentía porque se puso la mano en la cara, titubeaba a la hora de hablar o se estaba encogiendo de hombros. La credibilidad del compareciente vendrá determinada por el concreto análisis del Juzgador de lo que éste haya dicho, pues no se analiza al declarante sino solamente su declaración⁴⁵².

A este respecto, hemos de tener en cuenta que existen ciertos procederes probatorios que podrían considerarse que infringen la inmediación, pero que sin embargo se declaran válidos procesalmente y plenamente constitucionales por la jurisprudencia y la casi totalidad de la doctrina. Este sería ciertamente el caso de la declaración de testigos de referencia o el de la inspección ocular en el supuesto de que deba ser practicada fuera de la capital –ya que se constituirá en el lugar a inspeccionar el individuo del Tribunal que el presidente designe con las partes (art. 718 LECrim)-. Sin embargo nadie pone en tela de juicio que esta práctica de prueba con el sacrificio de la inmediación que ello supone se haya obtenido ilícitamente por vulnerar derechos y libertades fundamentales. En esta tesitura, a la misma conclusión se debe llegar respecto del empleo de la videoconferencia, pues en este caso no existe una supresión de la inmediación en la práctica de

⁴⁵² NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 234.

prueba sino tal vez una inmediación un tanto más limitada, pero que a fin de cuentas existe, en suma una inmediación virtual pero que en definitiva es inmediación.

En conclusión, ante estas nuevas situaciones sobrevenidas en el proceso penal, se debe adicionar una nueva clasificación de tipos de inmediación a los ya existentes.

La inmediación se suele clasificar por una parte en sentido amplio y en sentido estricto, y por otra desde una perspectiva subjetiva u objetiva. La inmediación en sentido amplio o general, requeriría la presencia judicial en las actividades que se desarrollan en el proceso; en sentido estricto, exigiría que el juez que dicte sentencia sea el que haya estado presente en la práctica de prueba. Desde una perspectiva subjetiva, implicaría que el juzgador hubiera presenciado directamente todas las pruebas y alegaciones de las partes; mientras que una visión objetiva vendría referida a la conexión que debe existir entre los medios de prueba solicitados y los hechos que se pretenden probar a través de los mismos.

A esta clasificación tendríamos que añadir una nueva: inmediación física e inmediación virtual.

Por inmediación física se entendería asistencia personal, próxima y directa de las partes y de terceros ante al Juez y comunicación sin intermediarios, con el objetivo de alcanzar la búsqueda de la verdad, concibiéndose de esta manera por presencia física como aquélla fuente de conocimiento previo a la toma de una

decisión jurisdiccional; a su vez, dicha comparecencia se tendría que realizar con las garantías que toda actividad procesal requiere, a saber, con contradicción, respetando el derecho de defensa y con autenticidad.

En relación con la intermediación virtual, esta vendría referida a comparecencia directa a distancia ante el Juez, es decir, intervención directa a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real, sin la intermediación de terceras personas físicas en la comunicación directa entre el interviniente y los operadores jurídicos ubicados en la Sala de Vistas, con la finalidad hallar la verdad material y judicial y garantizar la eficacia procedimental. Para ello, se deberá practicar en todo momento la diligencia o la prueba personal con la debida contradicción, sin socavar el derecho de defensa y con la obligación de efectuar la oportuna autenticidad del acto procesal.

A nuestro entender, tan legítima y constitucional es la intermediación física como la intermediación virtual. La presencia ante el Juez a través de videoconferencia faculta la comunicación directa sin intermediarios entre las partes conectadas, aún cuando estas se hallen a kilómetros de distancia, llegándose a percibir tanto la imagen como el sonido sin barreras o trabas sensoriales que merezcan especial significación⁴⁵³.

⁴⁵³ En nuestra opinión la intermediación física no es equiparable a la intermediación virtual, si bien son dos caras de la misma moneda. Sin embargo no existe una

En cualquier caso, siempre será preferible la intermediación real, al implicar presencia física del declarante-interviniente, sobre todo a los efectos de valorarse la actividad probatoria por parte del juez, pues la videoconferencia no puede otorgar a éste la inestimable apreciación que le confiere la declaración física a la hora de valorar y supervisar las actuaciones procesales. Una participación física del deponente permite al juez evaluar de una forma más perfecta los gestos, tonos e indecisiones a la hora de valorar la credibilidad del testimonio que si se hiciera a través de un monitor. Ello no obstante, no implica que la declaración a través de medios audiovisuales interactivos y bidireccionales no “satisfagan la intermediación” al poder formularse directamente preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo estuviera físicamente en la Sala⁴⁵⁴.

La intermediación virtual no sustituye con absoluta perfección a la intermediación física, y es por ello por lo que solamente tendrá

clara unanimidad al respecto. Es pacífico la no vulneración de la intermediación con la declaración a través de videoconferencia. Sin embargo no lo es tanto equiparar o no intermediación física a intermediación virtual. Aún así encontramos jurisprudencia como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Baleares (Sección 1ª), núm. 21, de 27 de abril de 2006 (BDA ARP 2006\334), en la práctica de prueba testifical a través de videoconferencia la cual identifica por igual intermediación física y virtual: “de conformidad con lo dispuesto en el art.731 LECrim en relación con el artículo 229.3 LOPJ tal prueba se practicó con cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales exigidos para su validez como prueba exactamente igual a la de una práctica testifical con intermediación física en la sala”.

⁴⁵⁴ F.J. 5 STS núm. 1781/2001, de 5 de octubre (BDA RJ 2001\9045).

cabida en los supuestos especiales en los que la ley y la jurisprudencia permitan su participación. Con la actual regulación legal que permite recurrir al empleo de la videoconferencia por razones de “utilidad”, los órganos jurisdiccionales jugarán un papel determinante a la hora de interpretar este concepto tan indeterminado y tan amplio. Por esta cuestión, en nuestra opinión, en el juez o magistrado se depositará la absoluta obligación de controlar los usos abusivos que se puedan llevar a cabo por el empleo de la videoconferencia, al pretender extender su uso a situaciones en las que no concurren razones de seguridad, peligrosidad o utilidad, sino más bien motivos de comodidad y de economía procesal⁴⁵⁵.

Sintetizando brevemente, la intermediación virtual será irreprochablemente constitucional, a mayor abundamiento suplirá la falta de intermediación que se observa en determinadas actuaciones, como pudiera ser el caso de los testimonios de referencia (art. 710 LECrim), ya que en este supuesto se sustituirán los testimonios indirectos por la propia declaración de la víctima a

⁴⁵⁵ Y así viene observándose por los tribunales, al admitir la existencia de intermediación en las deposiciones a través de videoconferencia. Cfr. a modo de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 1ª), núm. 90, de 5 de febrero de 2005: “las pruebas concurrentes y externas a la propia declaración de la víctima sí llevan a la Sala a llegar a la más plena convicción de que los hechos ocurrieron como declara la víctima por la propia intermediación de la Sala en la declaración practicada, la cual se practicó por videoconferencia, como así se acordó en auto de la Sala para preservar la intimidad de la víctima en su declaración en el plenario”.

través de videoconferencia, cumpliéndose un doble objetivo mitigar la victimación secundaria y obtener un testimonio directo respetuoso con la inmediación procesal.

C) Inmediación y prueba en la segunda instancia penal

El principio de inmediación posee, además de una gran importancia garantista en el juicio oral, una vital trascendencia en la resolución de los recursos contra las sentencias. Frente a las resoluciones judiciales que no son firmes y alguna de las partes considera que su fallo ha sido erróneo, se puede hacer uso del recurso de apelación [arts. 790-793, 803, 846.bis a)-856.bis f) y 976 LECrim], y en su caso del de casación (arts. 847-953 LECrim), con el fin de impugnar la sentencia emitida en primera instancia y desfavorecedora a las pretensiones planteadas en el juicio.

En los inicios de la puesta en escena de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no existía el doble grado de jurisdicción, debido en gran medida a la estructura del proceso penal de única instancia. Esta única instancia viene justificada por ALONSO MARTÍNEZ en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 como uno de los medios para poner término a “la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y

garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio”.

Haciendo un inciso, resulta sorprendente cómo esta aspiración de Alonso Martínez sigue hoy en día siendo una asignatura pendiente. Hemos agotado más de un siglo intentando buscar una fórmula mágica para mejorar la lentitud de la justicia, y observando las escasas medidas que se están adoptando en la actualidad, difícilmente vamos a conseguir tan remoto y apreciado fin.

En la actualidad, como sabemos, este primer criterio se ha suavizado y nuestro ordenamiento prevé un sistema de apelación limitado, en el que las partes no pueden proponer ni practicar nuevas actividades probatorias ante el tribunal *ad quem*, lo que implica la ausencia de toda inmediación en la segunda instancia.

De este modo, la inmediación va a quedar franquiciada en pro del Juez de Primera instancia. El tribunal de apelación o de casación, solamente va a poder enmendar la sentencia dictada en primera instancia, con base en las pruebas que se hayan practicado en su presencia –como son los supuestos de prueba documental o pericial documentada en los autos-, pero no las que se produjeron en primera instancia –las declaraciones de los testigos-. El juez *a quo* se verá obligado a realizar un nuevo examen del objeto que se le plantea pero con los mismos datos dispuestos por el órgano de primera instancia.

Al no volverse a repetir pruebas como las declaraciones de testigos, peritos y acusados, se produce en estos casos una clarísima vulneración del principio de inmediación junto con el de contradicción, quebrantándose el derecho a un proceso con todas las garantías y por ende, el derecho a la presunción de inocencia. En suma, se pierde la cognición fáctica del tribunal *ad quem*, al no existir una apreciación visual y directa de estos medios probatorios⁴⁵⁶. Esto conlleva a que muchos recursos planteados por los Letrados en apelación no tengan visos de prosperar, razón por la que Naciones Unidas ha reprendido al Reino de España por no cumplir el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966⁴⁵⁷.

Una doble instancia plena puede plantear el inconveniente del retraso en la tramitación de los procesos. Pero un sistema limitado, puede acarrear contingencias aún mayores: desconfianza del ciudadano hacia la Administración de justicia; inseguridad en el Tribunal *ad quem* a la hora de adoptar una decisión, al no disponerse de todos los elementos probatorios suficientes para solventar cualquier error que se hubiera dado en primera instancia; y menores garantías a la hora de acordar una resolución justa, sobre

⁴⁵⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2013, pp. 67 y 68.

⁴⁵⁷ Vid. Dictamen Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 20 de julio de 2000, disponible en: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/04-no-es-casacion.htm> (fecha de consulta: 5 de febrero de 2007).

todo en aquellos supuestos en los que tras una absolución, la sentencia es recurrida por alguna o todas las partes acusadoras, y en segunda instancia se condena al acusado, sin posibilidad de recurrir ante ningún organismo judicial dicha resolución condenatoria.

Tal vez estas cuestiones influyeron notablemente en el Tribunal Constitucional, pues con la STC núm. 167/2002, de 18 de septiembre⁴⁵⁸, se ha producido un cambio trascendental en su doctrina⁴⁵⁹, sin visos de aprobarse a corto plazo una modificación del régimen de recursos de la LECrim⁴⁶⁰. Con la citada sentencia,

⁴⁵⁸ BDA RTC 2002\167.

⁴⁵⁹ Es significativo decir, que la jurisprudencia del TEDH en materia de impugnación de sentencias en el orden penal, viene recogiendo desde hace tiempo, la doctrina que acoge nuestro TC en esta sentencia. Por tanto, si bien, la jurisprudencia existente en el Tribunal de Estrasburgo, no se refiere a ningún caso español, sí que debería observarse en todos los procedimientos penales que se suscitan en España los fallos del citado Tribunal Europeo. No es cuestión de enumerar todas las sentencias habidas en esta materia, pero sí debemos recordar una de gran trascendencia jurídica que recogería toda esta doctrina: la STEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani contra Suecia (BDA TEDH 1988\10). En este fallo, aunque el propio TEDH advierte que el art. 6.1 CEDH no reconoce el derecho a una segunda instancia, sí afirma que todos aquellos Estados que hayan optado por el establecimiento de un doble grado jurisdiccional, deben respetar el hecho de que el acusado ha de ser oído en todas las instancias procesales, y en este caso en concreto, en el que el señor Ekbatani solicitaba comparecer de nuevo en la segunda instancia, el Tribunal *ad quem*, debió otorgarle tal derecho, y examinar su declaración en una nueva audiencia.

⁴⁶⁰ Con motivo de este cambio de postura de nuestro Tribunal garante de la Constitución así como las reiteradas advertencias del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por incumplimiento de nuestro sistema de impugnación penal del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, se elaboró un proyecto de ley que modificaba tal sistema, que nunca prosperó, pues cayó en el olvido y caducó (se puede consultar en: <http://www.congreso.es> (fecha de consulta: 4 de febrero de 2007). Y con base en la fecha de elaboración de este trabajo, una posible

se inaugura una nueva etapa en materia de recursos⁴⁶¹. Esta decisión lo que viene a reconocer, sintetizando brevemente, es que en caso de impugnación de sentencias absolutorias, cuando estas se hayan fundamentado para su fallo en la evaluación de la prueba practicada, si en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, por exigencias de la contradicción, la inmediación y la percepción directa por el Tribunal de las pruebas no puede este revisar la valoración de aquéllas desarrolladas en primera instancia. A criterio del Tribunal Constitucional, en los casos contrarios a estas consideraciones, se produciría una vulneración del derecho a un proceso en el que se respeten todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia⁴⁶². En conclusión, en el caso de que se hayan presentado en la primera instancia pruebas personales y

modificación tardará, pues las Cortes Generales han sido disueltas y hasta el 9 de marzo no hay elecciones generales, habiéndose perdido de este modo una oportunidad preciosa en esta legislatura, para garantizar un derecho fundamental de tal magnitud como es el derecho a recurrir.

⁴⁶¹ Decimos que se inaugura una nueva etapa porque hasta la fecha, la doctrina del TC en materia de recursos ha seguido la línea iniciada por esta sentencia y por el momento no se ha regresado a los criterios mantenidos en su anterior jurisprudencia en materia de recursos. En este sentido se pueden consultar, entre otras muchas, las siguientes sentencias: SSTC núm. 172/2002, de 30 de septiembre (BDA RTC 2002\172); núm. 197/2002, de 28 de octubre (BDA RTC 2002\192); núm. 200/2002, de 28 de octubre (BDA RTC 2002\200); núm. 212/2002, de 11 de noviembre (BDA RTC 2002\212); núm. 118/2003, de 16 de junio (BDA RTC 2003\118); núm. 50, de 30 de marzo de 2004 (BDA RTC 2004\50); núm. 59, de 14 de marzo de 2005 (BDA RTC 2005\59); núm. 91, de 27 de marzo de 2006 (BDA RTC 2006\91); núm. 11, de 15 de enero de 2007 (BDA RTC 2007\11); núm. 180, de 22 de diciembre de 2008 (BDA RTC 2008\180); núm. 120, de 21 de mayo de 2009 (BDA RTC 2009\120).

⁴⁶² F.J. 9, 10 y 11 STC núm. 167/2002, de 18 de septiembre (BDA RTC 2002\167).

reales, siempre se deberán practicar en apelación las pruebas personales⁴⁶³.

No obstante, se debe puntualizar que aun existiendo esta nueva línea de interpretación de nuestro tribunal garante de la Constitución, las Audiencias Provinciales, hacen caso omiso de esta doctrina, y siguen actuando como siempre han hecho: resolviendo recursos de apelación sin que se pueda practicar ante ellas las pruebas personales, acatando la valoración de la prueba que han efectuado los órganos jurisdiccionales de primera instancia, con el apoyo argumental de que ellos son los únicos que pueden gozar de la inmediación, la contradicción y la oralidad en el transcurso del desenvolvimiento de una prueba⁴⁶⁴.

En nuestra opinión, este sistema práctico de sustanciación de recursos en el proceso penal, parece extraído del libro “El Proceso” de Franz Kafka, cuyo protagonista, procesado como autor de un crimen que no ha perpetrado, se ve incapaz de acudir a instancias superiores para que le revisen la condena impuesta. De ahí que en la propuesta de texto articulado del Ministerio de Justicia sobre la elaboración de un nuevo Código de Proceso Penal se introduzca la citada doctrina del Tribunal Constitucional no cumplida por las

⁴⁶³ SSTC núm. 197/2002, de 28 de octubre (BDA RTC 2002\197) y núm. 230/2002, de 9 de diciembre (BDA RTC 2002\230).

⁴⁶⁴ En este sentido podemos ver las siguientes sentencias: SAP de Valencia (Sección 4ª), de 25 de enero 2007 (TOL 1044056), SAP de Valencia (Sección 2ª), de 1 de abril de 2004 (TOL 425444), SAP de Barcelona (Sección 6ª), de 8 de noviembre de 2003 (BDA ARP 2003\133).

Audiencias Provinciales. Así, en su art. 597.2 LEC cuando estemos ante un recurso de apelación interpuesto por los acusadores contra una sentencia que absuelva al encausado⁴⁶⁵, se deberá celebrar necesariamente una Vista, salvo que la defensa renuncie a ella.

En esta nueva tesitura, la práctica de pruebas personales en la segunda instancia, en el supuesto de recurso contra sentencia absolutoria, planteará dos cuestiones diferentes en torno al uso de la videoconferencia.

La primera de ellas vendrá orientada a la susceptibilidad o no de emplear este medio técnico en la segunda instancia si hubiera de practicarse nuevamente prueba. La respuesta ha de ser afirmativa, pues se aplicarían en este caso toda la regulación en materia de procedimiento probatorio, pues no habría ninguna diferencia entre la práctica de prueba en la primera y en la segunda instancia. Sin embargo surge una duda procedimental en esta tesitura: el momento procesal idóneo para la solicitud de práctica de prueba a través de videoconferencia en la segunda instancia.

Según la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, el momento procesal para solicitar la declaración por videoconferencia de un testigo es en la primera instancia. Entiende

⁴⁶⁵ En el citado texto se aúna en un mismo término, encausado, tanto al imputado como al acusado, a fin de no estigmatizar al sujeto activo de un delito (véase Título II de su Exposición de Motivos), justificación que nos parece del todo esperpéntica, por cuanto como hemos visto anteriormente, sí que se van a adoptar medidas de seguridad preventivas, que ciertamente sí van a estigmatizar al sujeto pasivo de un delito que ha cumplido su condena.

la mencionada Sección, que de lo contrario, el plantear la declaración de una testifical a través de videoconferencia en la Segunda Instancia, vulneraría el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, y en la ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de un juicio justo sin dilaciones indebidas, debe prevalecer este último⁴⁶⁶. Ante la existencia de una colisión entre dos derechos fundamentales: *“La solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente”*⁴⁶⁷.

El caso del que se ocupaba la Audiencia Provincial de Barcelona venía referido a la práctica de prueba testifical de un testigo de cargo que residía en Italia, y no se pudo llevar a término en la primera instancia con motivo de una serie de dificultades técnicas. En aras a subsanar este déficit en apelación se solicitó la

⁴⁶⁶ SAP, Sección 3ª, Sentencia núm. 73, de 29 enero de 2008 (BDA JUR\2008\138405).

⁴⁶⁷ F.J. 2 STC núm. 320, de 28 de noviembre de 1994 (BDA RRTC 1994\320).

práctica de prueba a través de videoconferencia de este testigo, declaración en virtud de la cual podría haberse condenado al acusado por el juzgador *ad quem*. La Sección 3ª de la Audiencia Provincial desestimó la práctica de esta prueba con base a las razones que hemos esgrimido líneas más arriba. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una nueva prueba no practicada, no debería rechazarse su admisión en segunda instancia –así viene estipulado expresamente en el art. 790.3 LECrim, al poder solicitar el recurrente la práctica de diligencias de prueba admitidas en la primera instancia y que no pudieron practicarse por causas ajena a su voluntad-, y ni mucho menos se puede aceptar que por la simple cuestión de no plantear la posibilidad de utilizar la videoconferencia en primera instancia, ya no se pueda subsanar esa ausencia de práctica de prueba en la segunda.

No creemos que en este caso exista una colisión entre el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y el derecho a la tutela judicial efectiva. Entendemos que lo que sí existe es una clara limitación de este último a una de las partes procesales, pues la no práctica de prueba se debió a condiciones ajenas a su voluntad. Condiciones que se intentaron subsanar en apelación, y no se les permitió corregir esa deficiencia procesal.

En nuestra opinión el momento procesal oportuno para presentar la posibilidad de la intervención de algunas de los sujetos procesales por videoconferencia en la segunda instancia será

susceptible de hacerse en el mismo recurso de apelación, o en el escrito de respuesta al recurso de apelación. Todo ello, sin necesidad de haber sugerido previamente esta posibilidad en la primera instancia. Pues de lo contrario, entendemos que ante nuevas contingencias que pudieran sobrevenir durante el camino hacia la segunda instancia, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva.

La determinación legislativa de admitir pruebas en segunda instancia resulta, en nuestra opinión, una solución acertada, sobre todo en lo concerniente a las pruebas de carácter personal, en contra de la opinión de algún sector doctrinal⁴⁶⁸. No creemos que exista una división de pruebas en la segunda instancia, sino más bien, un valor añadido más, en la decisión última, a la hora de decidir; tendrá con las nuevas pruebas practicadas el tribunal *ad quem* una mejor visión que el tribunal *a quo*, pues dispondrá de las pruebas practicadas en primera instancia complementadas por las llevadas a cabo en la segunda. No va a existir ninguna dificultad en la valoración conjunta de las diligencias probatorias, y aludir a una vulneración del principio de inmediación por admitir la práctica de

⁴⁶⁸ A favor de denegar la práctica de prueba en la segunda instancia podemos citar a BERMÚDEZ OCHOA. Según el citado autor “la decisión legislativa de admitir la sustanciación en la segunda instancia de las pruebas indebidamente denegadas en la primera no es una solución satisfactoria, sobre todo si se trata de pruebas de naturaleza personal”. BERMÚDEZ OCHOA, E.V., “La sentencia de apelación”, en AA. VV., *Los recursos de casación y apelación en el orden penal* (dirs. FABIÀ MIR, P., BENITO LÓPEZ, A.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2006, p. 105.

una nueva prueba en apelación nos parece cuanto menos una *contradictio in terminis*, pues por el hecho de que se niegue la práctica de pruebas personales en la segunda instancia, el juez de apelación seguirá sin haber apreciado con sus sentidos la prueba en la primera.

En consecuencia, si se presenta una nueva prueba en segunda instancia, y esta ha de llevarse a cabo por medio del auxilio de la videoconferencia, la alusión a una división de la prueba entre las dos instancias, produciendo la distorsión del resultado probatorio, al obstaculizarse su apreciación conjunta⁴⁶⁹, carece de sentido.

La práctica de nuevos elementos probatorios ayudan a descubrir la verdad de lo sucedido, y si tal diligencia probatoria de carácter personal tiene visos de no poderse llevar a término por imposibilidad de acudir físicamente a la Sala de Vistas y mediante el auxilio de medios audiovisuales es susceptible de ejercitarse, esta ha de ser admitida; en definitiva no existe ninguna distorsión y se coadyuva a la labor que tiene asignada todo juez o tribunal: averiguar la verdad; tarea que no es facultativa sino impuesta por el propio proceso penal tanto al juez de instrucción como al sentenciador.

Si esto no fuera así, ¿qué clase de justicia tendríamos? En un proceso penal en el que confluyen elementos intrínsecos a la propia noción del Estado de Derecho, como son la no punición de

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 105.

un inocente, así como, el castigo del culpable por los aparatos punitivos del Estado para evitar la realización arbitraria del propio Derecho y destruir así todo anarquismo que pudiera hacer peligrar la paz social y los propios cimientos del Estado, no se puede negar una segunda posibilidad a la hora de practicar prueba que pudiera ayudar al descubrimiento de la verdad. En caso contrario, se estaría demonizando la propia justicia, y se incrementaría aún más el recelo y la desconfianza de la ciudadanía hacia la impartición de justicia del que lamentablemente ya existe.

La segunda de las cuestiones que se plantearía en torno a la utilización de la videoconferencia en apelación, es más controvertida aún si cabe: la posibilidad de grabación del juicio seguido por el Tribunal *a quo*, para no practicar prueba personal ante el órgano *ad quem*, con la mirada puesta en no vulnerar la inmediación procesal. Esta posibilidad venía planteada en el Anteproyecto de Ley de 14 julio de 2005, por la que se modificaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad. El art. 11 del mentado Anteproyecto modificaba el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo en su apartado 3 *in fine* lo siguiente: “*El recurrente que fundamente su apelación en el error en la apreciación de las pruebas de carácter*

*personal vinculadas al principio de inmediación podrá solicitar la reproducción, ante el Tribunal competente para conocer del recurso, de la grabación de la práctica de la prueba practicada en primera instancia*⁴⁷⁰.

Es de reseñar este anteproyecto de ley –aprobado por el Consejo de Ministros⁴⁷¹, pero cuyo Proyecto de Ley caducó⁴⁷², puesto que hubiese sido la primera vez que en nuestra ley de procedimiento penal se hiciera referencia de forma expresa a la inmediación en el orden jurisdiccional penal.

Con todo, parte de esta regulación que no vio la luz, se ha rescatado en el texto articulado para la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal, en concreto en su art. 598.3, en cuya virtud, en la Vista que se celebre ante el Tribunal *ad quem*: “a

⁴⁷⁰ De haber salido adelante este anteproyecto como ley modificadora final, hubiera sido la primera vez que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hiciera una mención expresa al principio de inmediación. El citado Anteproyecto es susceptible de consultarse en: http://www.fspugt.es/uploads/documentos/documentos_050714modificacioneslegislativas_32c94fec.pdf (fecha de consulta: 9 de febrero de 2010).

⁴⁷¹ Aprobado en la reunión ordinaria del Consejo de Ministros de 15 de julio de 2009, información disponible en: http://www.lamoncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2005/c1507050.htm. (fecha de consulta: 9 de febrero de 2010).

⁴⁷² El Anteproyecto de Ley reunía diferentes iniciativas que se tramitaron en distintos Proyectos de Ley. En materia de recursos en el proceso penal se tramitó en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal (121/000069); sin embargo el Proyecto no se cristalizó en Ley porque caducó. Aún así debemos reseñar que la expresión inmediación que sí aparecía en el Anteproyecto, en el Proyecto se suprimió tal término. Texto disponible en: <http://www.congreso.es> (fecha de consulta: 20 de junio de 2014).

*petición razonada de alguna de las partes y si el Tribunal lo estimase conveniente podrá visionarse la grabación del juicio oral o dar lectura al acta, bien en su totalidad bien en los fragmentos a que se concretase la solicitud*⁴⁷³.

Se debe tener en cuenta que la inmediatividad es especialmente importante en la recepción de la prueba por las razones que se han venido esgrimiendo en el presente estudio – impresión directa, búsqueda y obtención de la verdad así como potenciación del ejercicio del derecho de defensa-. En el debate contradictorio celebrado en el juicio oral se debe recurrir a los medios de prueba directos, sólo así quienes participan en el proceso pueden construir mentalmente una imagen de lo que realmente está aconteciendo, y únicamente de esta manera pueden con preguntas sobre un aspecto de la declaración –búsqueda de la verdad- influir en el resultado final del proceso –obtención de la verdad- y en mejorar la defensa del acusado –mediante las oportunas preguntas que busquen minar la credibilidad de un testigo-. Pero si practicamos prueba tanto en la primera como en la segunda instancia, garantizaríamos una serie de derechos constitucionales, pero iríamos contra los preceptos de la economía procesal⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 26 de mayo de 2013).

⁴⁷⁴ BAUMANN, J., *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales: introducción sobre la base de casos*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 96.

Precisamente por este último aspecto la grabación de las declaraciones efectuadas ante el Juez de instancia, inclusive si se han realizado a través de sistemas audiovisuales bidireccionales, garantizaría por un lado la inmediación en la vista realizada en apelación y por otro se estaría generando una reducción importante de costes que tanto contribuirían a la anhelada economía procesal.

Estas razones son las que han movido al legislador a modificar la LECrim, a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre⁴⁷⁵, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, introduciendo la exigencia de registrar las sesiones del juicio oral en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y del sonido (art. 743 LECrim).

Con esta opción, el legislador renuncia a la opción respaldada por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167, de 18 de septiembre de 2002⁴⁷⁶, al no ser posible practicar en segunda instancia la prueba llevada a término en la primera, y por su parte tampoco se va a reconocer un permanente derecho a la Audiencia Pública en segunda instancia⁴⁷⁷. Pese a estas aspiraciones tan anheladas por parte, sobretudo, de la comunidad jurídica que

⁴⁷⁵ BOE núm. 266, de 4 noviembre de 2009.

⁴⁷⁶ BDA RTC 2002\167.

⁴⁷⁷ MAGRO SERVET, V., “La grabación de las vistas orales y la corolaria modificación del recurso de apelación en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985 del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”, en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006, pp. 92-93.

aglutina a los abogados, sí existe una noticia positiva para estos operadores jurídicos y para la impartición de la justicia en general: se va a poder solicitar la reproducción de la grabación en la segunda instancia.

Tras la mentada reforma de 2009, el art. 791.1 LECrim –precepto regulador de la vista en apelación- establece expresamente la posibilidad de solicitar en las alegaciones por alguna de las partes la reproducción de la prueba grabada en la primera instancia en la vista del recurso de apelación. Pero la novedad no se circunscribe a la solicitud de la reproducción del registro realizado en soporte audiovisual en la primera instancia, sino en la posibilidad de requerir por cualquier parte la grabación de la propia sesión de la vista en el que se sustanciará el recurso de apelación⁴⁷⁸.

Este último aspecto es de una enorme importancia al mejorar con creces la falta de intermediación que existe en el recurso de apelación, pues resultará de una gran utilidad para los recurrentes en casación bien por infracción de precepto constitucional (art 852 LECrim) –se podrá comprobar si en el debate contradictorio hubo alguna vulneración de algún derecho fundamental o principio constitucional- bien por error en la apreciación de las pruebas (art.

⁴⁷⁸ En idéntico sentido el art. 598.3 TACPP.

849.2 LECrim) –ante el supuesto de que en la segunda instancia se hubiera practicado nuevamente prueba-.

Esta toma de postura legislativa colisiona frontalmente con recientes pronunciamientos de la jurisprudencia. El más significativo de todos ellos lo observamos en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120, de 21 de mayo de 2009. En este caso el Tribunal Constitucional entiende que no es susceptible de sustituirse la presencia judicial *in situ* en la práctica de la prueba con el visionado de un vídeo en un juicio, y por tanto, en estos supuestos no es factible revisar la valoración, al carecer de las garantías constitucionales suficientes generando de este modo una vulneración de la presunción de inocencia del inculpado⁴⁷⁹.

No obstante, hemos de decir que si bien existe este pronunciamiento tan crítico en relación con el empleo de la grabación para visionar prueba en la segunda instancia, hallamos, sin embargo, directrices en determinados centros judiciales, como por ejemplo, en la Audiencia Provincial de Madrid, en la que la Junta de Magistrados de las Secciones Penales, en Acuerdo núm. 19, de 26 de mayo de 2006, por mayoría muy cualificada –17 votos a favor, 4 en contra- estableció como criterio válido de valoración

⁴⁷⁹ BDA RTC 2009\120. En un tono similar, sin tanta contundencia pero sí poniendo en duda la viabilidad constitucional de la grabación de las sesiones para posteriormente reproducir gráficamente una prueba en apelación se puede consultar: ATS núm. 1435, de 18 junio de 2009 (BDA JUR 2009\317637); o SAP de Barcelona (Sección 3ª), núm. 300, de 21 de abril de 2008 (BDA JUR 2008\178902).

para la prueba personal en segunda instancia el visionado de la grabación con imagen y sonido del juicio oral, con la finalidad puesta en el cumplimiento de la garantía de inmediación exigida por el Tribunal Constitucional⁴⁸⁰.

Haciendo una clara omisión de la doctrina del Tribunal Constitucional, el legislador optó con excelente criterio en nuestra opinión, por los métodos adoptados en diferentes sedes judiciales, como la que acabamos de citar de la Audiencia Provincial de Madrid, por mostrarse como la mejor opción a la hora de practicar prueba ante el tribunal *ad quem*, más respetuosa con los derechos del inculcado y con la inmediación procesal.

⁴⁸⁰ Acuerdo no Jurisdiccional, Audiencia Provincial de Madrid, de 26 mayo de 2006 (EDJ 2006/466837). Los motivos por los que se aprobó este criterio de valoración a seguir por las secciones penales de la Audiencia Provincial de Madrid, vienen muy bien detallados en la SAP de Madrid (Sección 16ª), núm. 624, de 4 de septiembre de 2007 (BDA JUR 2007\346618): “Hay quien sostiene, no obstante, que las condiciones del Tribunal *ad quem* no son las mismas que las del Juez *a quo*, pues la calidad de la percepción directa del testigo o perito no es exactamente la misma que la calidad de dicha percepción a través de la grabación y también que el Tribunal *ad quem* no puede efectuar preguntas a los testigos y peritos. Como contraargumento a dicha objeción cabe señalar que en supuestos de testigo que declara por video conferencia (artículo 731 bis de la LECrim), extremo previsto en la legislación vigente y que nadie ha cuestionado, la percepción del Juez *a quo* es igualmente a través de una cámara y no directamente. Por otra parte en supuestos de prueba anticipada por presumible ausencia de un testigo al acto del juicio (artículo 777.2 de la LECrim en relación al artículo 730 del mismo texto legal) igualmente el Juez *a quo* no cuenta con el testimonio directo de un testigo, sino con la grabación de sus manifestaciones, también sin posibilidad de efectuar preguntas o aclaraciones y nadie pone en duda el acierto del legislador a la hora de regular esta cuestión, ni su eficacia probatoria”.

Al venir taxativamente impuesto por la ley, la obligación de registrar un documento electrónico, nos surgen una serie de dudas en relación con la prestación de alguna deposición a través de videoconferencia ante el tribunal *a quo*: ¿cómo se grabaría esa declaración?, ¿desde la Sala de Vistas? o ¿desde la sala en la que se halla el deponente?

La lógica en este caso nos conduce a poner de relieve que para un mejor visionado de los gestos e incertidumbres del deponente susceptibles de percibirse, la grabación ha de realizarse no desde la Sala de Vistas sino desde el lugar en el que se va a prestar testimonio. La grabación de una declaración es un tema delicado en orden a la manipulación que se puede realizar en la misma. Si ya de por sí, en una declaración en tiempo real por videoconferencia puede haber cierto margen para crear una sensación más o menos respetuosa con la imagen del testigo, perito o acusado, nos podemos hacer una idea de lo que supondría una grabación.

Un ejemplo sería la grabación de una declaración prestada por este medio de comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, en la que sólo se ve la figura del deponente, pero no se ven las imágenes de los sujetos que le están formulando las correspondientes preguntas, sólo oímos su voz. Esta táctica fue empleada por el Presidente de los Estados Unidos Bill Clinton, cuando prestó testimonio por videoconferencia en el proceso que se sustanciaba contra él por un delito de “perjurio” –al faltar a la

verdad y mentir en un procedimiento, por negar que hubiera mantenido relaciones sexuales con la becaria de la Casa Blanca Mónica Lewinsky-. Prestó declaración por videoconferencia, pero se realizó una grabación para ser emitida posteriormente por las cadenas de televisión; dicha grabación estaba realizada de tal forma que el televidente sólo veía la imagen de Clinton, al fiscal Kenneth Starr no se le visualizaba; únicamente se oían las preguntas que le formulaba al ex presidente. De este modo, Bill Clinton consiguió que su imagen no quedara tan deteriorada por este caso, pues el hecho de monopolizar la pantalla de televisión, en la que se visionaba única y exclusivamente su imagen, con un comportamiento y unos gestos adecuados y entrenados para hacer creer a la personas que era totalmente inocente, consiguió conmover al televidente y pasar de ser un individuo denostado por todo el mundo, a compadecerse de él⁴⁸¹.

Por este motivo, añadiéndose si se quiere otros factores, como los que señala MONTERO AROCA, pero no en relación con la grabación de deposiciones por videoconferencia, sino en lo referente a la grabación de cualquier prestación de testimonio, la

⁴⁸¹ Vid. THOMAS, E., ISIKOFF, M., “How Strong Is Starr’s Case”, en *Newsweek*, disponible en: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/politics/special/clinton/stories/nwstarr091498.htm> (fecha de consulta: 5 de febrero de 2007) y SHALES, T., “The Only Show in Town”, en *The Washington Post*, consultado en base de datos Factiva, disponible en: <http://global.factiva.com/ha/default.aspx> (fecha de consulta: 5 de febrero de 2007).

inmediación se “frustraría igualmente”, porque “no consiste en oír o ver lo que el testigo ha dicho por medio de una cinta o de una película, sino en entrar en relación directa con el testigo, viéndolo y oyéndolo precisamente cuando se le hacen las preguntas y cuando se las responde”⁴⁸².

No puede negarse la inexistencia de intermediación sin más en las declaraciones llevadas a cabo a través de medios que con un aumento progresivo en su calidad transmiten o reproducen las mismas, tal y como sucede con la videoconferencia y con la grabación en soporte audiovisual. No obstante, nuestro Tribunal Constitucional pese a ser consciente de la necesidad de emplear las nuevas tecnologías en el proceso penal, entiende que el Tribunal en apelación queda privado “*de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal –desde el prisma de la credibilidad de los declarantes– al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del*

⁴⁸² MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón...*, cit., pp. 182-183.

recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2”⁴⁸³.

Sí es cierto que la inmediación se frustra al no ser una declaración en directo, pero más se malogra si ni tan siquiera se aprecia lo que se depuso en el tribunal *a quo*. Pero sin embargo, parece que se ignore cuál es la realidad de la apelación en los tribunales españoles; no existe como bien indica nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales ningún obstáculo legal a la nueva comparecencia de los declarantes que depusieron ante el Juez de Instancia, pero parece desconocer por completo cómo se sustancian las apelaciones en España: los Magistrados que han de conocerlas se remiten directamente a lo apreciado por el juez *a quo*, desoyendo continuamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de condena en segunda instancia del acusado absuelto en la primera, al obligar a practicar prueba personal de nuevo.

Una doctrina jurisprudencial no continuada por los propios Juzgados es un rotundo fracaso, difícil de hacer cumplir; sobre todo si los propios infractores son quienes han de velar por la justicia, a saber, jueces y magistrados. Por tanto, si lo que pretendemos es una mejor protección de los derechos del individuo, ante el mal menor, es preferible la visualización de una grabación a la lectura de un acta, al quedar nítidamente claro, que una imagen vale más que mil palabras.

⁴⁸³ F.J. 6 y F.J. 7 STC núm. 120, de 21 de mayo de 2009 (BDA RTC 2009\120).

Así las cosas, asumiendo que la grabación del juicio en primera instancia es la mejor solución para respetar la inmediación y el derecho de defensa, debemos poner de relieve que en los supuestos de declaración por videoconferencia, para que la grabación en soporte audiovisual sea respetuosa con la inmediación, se deberá efectuar enfocando al operador jurídico que realice las oportunas preguntas y posteriormente al testigo, perito o acusado en el momento de responder a las mismas. Por tanto habrá que realizar una grabación tanto desde el lugar en el que se está celebrando el juicio oral, como desde la ubicación en la que se encuentra el deponente.

Esta solución, lejos de considerarse económicamente inviable, da respuesta a los diferentes problemas que surgen en relación con la apelación. Por un lado, se efectúa una grabación sin manipulación de imágenes y evitando montajes que pudieran conducir a la alteración de la realidad; por otro, se garantiza el derecho de defensa del acusado al poder reproducir de nuevo las pruebas personales en el juicio de apelación, sin necesidad de repetir las declaraciones, apreciando de una forma directa el juzgador, formando así mejor su convicción, y acorde con los principios de economía procesal. De este modo se garantiza, si bien mínimamente, la inmediación, se fomenta la apreciación de la prueba entre los tribunales de apelación –al remitirse siempre a lo

visto y evaluado por los jueces de instancia- y se ve cumplido en todas sus facetas el derecho de defensa en la segunda instancia.

En relación con este último extremo, si bien la jurisprudencia viene admitiendo que la dación en cuenta del secretario sobre la autenticación de una declaración llevada a cabo por videoconferencia es suficiente para acreditar en apelación que se hizo correctamente⁴⁸⁴, sería mucho más apropiado grabarla para tener la oportunidad de alegar ante el tribunal *ad quem* las posibles irregularidades que se sucedieran en la deposición por medios audiovisuales. De esta manera, se suplirían además de la falta de intermediación, ciertas lagunas procesales existentes referidas a la limitación del derecho de defensa y al principio de contradicción. Derecho vital en un Estado de Derecho, valga la redundancia, pues como reseñara muy acertadamente Montesquieu: “Una injusticia hecha al individuo es una amenaza hecha a toda la sociedad”.

2. CONTRADICCIÓN

El derecho de defensa es un derecho subjetivo público del imputado en cualquier estado o grado de un procedimiento penal

⁴⁸⁴ STS núm. 492/2005, de 18 de abril (BDA RJ 2005\4604).

incardinado en un ordenamiento político “abierto”. Por este motivo dicho ordenamiento ha de reconocer y salvaguardar tal derecho⁴⁸⁵.

El derecho de defensa se origina como respuesta al ataque procedente del Estado –conformado en la acusación y precedido de la imputación- cuando ejerce el *ius puniendi* en respuesta a la comisión de un hecho criminal⁴⁸⁶; algún sector doctrinal incluso lo ha instalado dentro de los derechos naturales inherentes al propio ser humano⁴⁸⁷.

En los ordenamientos actuales, el proceso se erige como un complejo mecanismo técnico, que sólo puede llegar a ser un instrumento de justicia para aquél que conozca los secretos de esa técnica; ello nos conduce a concluir que para asegurar la libertad y la igualdad de las partes en el proceso resulta obligado dotar a cada una de ellas de un abogado que les asista en todo momento por su conocimiento técnico del proceso, y restaurar así la armonía en el contradictorio⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ BETTIOL, G., *Instituciones de derecho penal y procesal :curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas* (trad. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.), ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 255.

⁴⁸⁶ LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, ed. Universidad de Alicante, 2002, p. 52.

⁴⁸⁷ Para GUASP, la norma que establece la contradicción procesal resulta intrínseca a la naturaleza humana y debe ser considerada como derecho natural procesal. GUASP, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 46.

⁴⁸⁸ CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (trad.

Bajo el paraguas de este argumento nace el derecho a tener un defensor en el proceso penal; se introduce así una añeja reivindicación marxista: todo acusado ha de tener un abogado que le defienda, como contrapartida a un desequilibrio en la balanza entre el poderoso que puede contratar a un abogado y la parte débil –la proletaria- que no tiene dinero para poder adquirir los servicios de un letrado que le defienda en juicio.

Con el tiempo ese derecho de defensa se perfeccionará y actualmente posee una serie de presupuestos para su realización, pero con la necesidad de auxiliarse de un conjunto de instrumentos para poder ser ejercitado, todos ellos reconocidos constitucionalmente⁴⁸⁹. Como presupuestos necesarios del derecho de defensa del sujeto pasivo de una instrucción penal debemos citar los siguientes: derecho de audiencia, a saber, derecho a ser oído por un tribunal independiente (arts. 13 y 16.1 CEDH); contradicción procesal; y derecho a ser informado de la acusación que pesa contra él, pues sin esta información sería imposible ejercer tal defensa. Por su parte, los derechos de carácter instrumental vendrían referidos a: asistencia obligatoria al imputado-acusado de un abogado de su confianza o en su defecto de uno de oficio; derecho a presentar los

FIX ZAMUDIO, H.), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 182.

⁴⁸⁹ MORENO CATENA, V., “Algunos problemas del derecho de defensa”, en AA. VV., *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 452.

medios de prueba que se estime pertinentes, así como, derecho a emplear los mecanismos necesarios para que esa prueba pueda celebrarse -siempre que no se vulneren derechos fundamentales-; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En esta conceptualización del derecho de defensa, no debemos omitir la relación tan estrecha que le une al principio de contradicción –sin obviar también su íntima conexión con el principio acusatorio-, entendido como instrumento dispuesto al servicio del acusado para poder oponerse a las pretensiones del actor; sin embargo existe una dificultad a la hora de definir el alcance de la contradicción, a saber, si estamos ante un principio integrante del derecho de defensa, o bien, ante un principio independiente de éste pero a su vez muy interrelacionado con él.

A) Contradicción y derecho de defensa

El principio de contradicción, es sin duda, una consecuencia directa del derecho a un proceso con todas las garantías. En virtud de este principio se asegura al imputado –mediante la adquisición de la condición de parte procesal- el acceso a los tribunales, la obligación de ser oído por estos, la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la parte activa y, como no podía ser de otra manera, la oportunidad de intervenir en el debate procesal del juicio.

Dentro del derecho a un proceso penal con todas las garantías, el derecho de defensa ha de ser el pilar base en el que ha de sustentarse el mismo. La inclusión de este derecho en las Constituciones de cualquier país democrático, fue el resultado de “la lucha por un proceso penal público, acusatorio, contradictorio y con todas las garantías” iniciado en “la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso inquisitivo, y con logros parciales, pero acumulativos”⁴⁹⁰; estas reivindicaciones se concretarían finalmente en las Constituciones y legislaciones procesales europeas, de carácter internacional y del resto de países del *orbe* que se erigen como Estados de Derecho. Así se pone de manifiesto al ser reconocido como derecho fundamental en un gran número de instrumentos internacionales, por ejemplo, entre otros: el art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art 14.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; o el art. 6.3.c) CEDH.

En concreto, nuestra Carta Magna lo recoge en su art 24 en dos sentidos, uno positivo al establecer que todos tienen derecho a la defensa y asistencia letrada (art. 24.2 CE), y otro negativo, al prescribir que en ningún caso puede producirse indefensión (art. 24.1 CE). No obstante, ambos “preceptos no pueden ser interpretados aisladamente, sino refiriendo el segundo al primero y situando a ambos en el contexto del artículo 24 como un todo

⁴⁹⁰ STC núm. 9, de 10 de marzo de 1982 (BDA RTC 1982\9).

dotado de sentido global e inserto en la trayectoria histórica antes aludida”⁴⁹¹.

Sobre su contenido esencial y significado hay un gran debate en nuestra doctrina y también en nuestra jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. No es cuestión de analizar en este trabajo todo el contenido de este importante y ambiguo derecho, pero no obstante sí podíamos apuntar con base en la STEDH de 25 de abril de 1983 (Caso Pakelli contra República Federal Alemana)⁴⁹², que el derecho de defensa recogido en el art. 6.3.c) CEDH estaría compuesto por tres garantías: a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio⁴⁹³.

⁴⁹¹ STC núm. 9, de 10 de marzo de 1982 (BDA RTC 1982\9).

⁴⁹² BDA TEDH 1983\6.

⁴⁹³ Dada su importancia, en el TACPP, se indica expresamente en su art. 2 que el proceso penal se regirá por el principio de contradicción, y en su artículo 7 se regula de una forma pormenorizada el contenido esencial del derecho de defensa del encausado, recogiendo en síntesis la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional relativa a dicho derecho fundamental: “1.- Se garantiza el derecho de defensa del encausado, que se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley, desde la imputación del hecho investigado hasta la extinción de la pena. 2.- El derecho de defensa faculta al encausado a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la Ley no excluya su presencia e impugnar las resoluciones desfavorables. 3.- El derecho de defensa comprende la asistencia letrada de un Abogado de confianza de libre designación o, en su defecto, de un Abogado de oficio, con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente en cualquier momento del proceso y que estará presente en todas sus declaraciones. 4.- El derecho de defensa supone la

Al hilo de estas precisiones conceptuales, debe abordarse la interferencia que puede generar la utilización de mecanismos audiovisuales en el auxilio de la práctica de una diligencia de investigación o de acto de prueba en orden a la participación del sujeto pasivo en los mismos. ¿Puede intervenir en el debate contradictorio de forma virtual sin sufrir ningún menoscabo su derecho de defensa? El derecho de defensa sirve para salvaguardar la libertad del individuo “agredido” por el sistema punitivo, y el principio de contradicción legítima al acusado a emplear una serie de herramientas en defensa de dicha libertad individual; si el sujeto pasivo se ve condicionado a seguir su propio juicio a través de videoconferencia, en cierto modo puede verse constreñido tan importante principio con rango constitucional.

En el orden jurisdiccional penal, a raíz del empleo de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real, se podrían barajar diferentes hipótesis, en virtud del concepto que pretendamos dar al principio de contradicción, a saber, si estimamos que estamos ante

interpretación gratuita, a un idioma que entienda el encausado, de toda comunicación que se produzca en la práctica de las diligencias y en todas las actuaciones procesales orales en las que esté presente, incluidos todo el acto del juicio oral y las entrevistas reservadas con su Abogado cuando sea de oficio. El encausado con sordera tiene derecho a la interpretación al lenguaje textual con idéntico contenido. 5. El derecho de defensa también comprende la traducción gratuita de los autos y resoluciones de la causa que resulten esenciales para la defensa, y en todo caso los autos en lo que se acuerden medidas cautelares personales, el escrito de acusación, el auto de apertura del juicio oral y las sentencias”. Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

un principio integrante del derecho de defensa, o por el contrario es completamente independiente de éste. En esta tesitura, dependiendo de la óptica que adoptemos, el empleo de la videoconferencia puede traer como resultado varias situaciones: se podría vulnerar el derecho de defensa, pero no el de contradicción; sería susceptible de infringirse el principio de contradicción, pero no el derecho de defensa; y por último, bien podrían quebrantarse ambos, tanto el derecho de defensa como la contradicción procesal.

Prima facie, el principio de contradicción constituye un presupuesto del derecho de defensa, ya que presupone el requerimiento constitucional de que nunca se produzca indefensión (artículo 24.1 y 2 CE) ya que sin esta exigencia constitucional no existiría un proceso en el que la causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable (artículo 6.1 CEDH), es decir, no se observaría un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (artículo 24.2 CE).

Pero, para determinar si con el empleo de la videoconferencia se puede llegar a vulnerar el principio de contradicción y/o el derecho de defensa, deberemos analizar las siguientes cuestiones: el derecho a la asistencia letrada; la vertiente positiva del derecho de defensa a través del prisma de la contradicción; y por último el sentido negativo de este derecho ante la posible producción de indefensión. Sin más dilaciones pasamos al examen de estos tres aspectos.

a) Derecho a la asistencia letrada

La asistencia letrada es un derecho que acompaña a todo detenido e imputado (arts. 17.3 y 24.2 CE), no debiéndose confundir “nombramiento de abogado” con “asistencia”, pues «el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva, ya que si se interpreta el texto del art. 6.3 c) de una manera formal y restrictiva “la asistencia judicial gratuita tendría el riesgo de relevarse como una palabra vacía en más de una ocasión”»⁴⁹⁴. El derecho del imputado a ser asistido por un Letrado es una de las manifestaciones –tal vez la más importante- del derecho de defensa, teniendo en cuenta como señala MORENO CATENA, que no ha de verse reducido a una mera declaración formal o nominal por el simple nombramiento de los oportunos profesionales⁴⁹⁵, sino lograr la realidad efectiva del derecho de defensa que referencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro propio Tribunal Constitucional⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ F.J. 6 STC núm. 37/1988, de 3 de marzo (BDA RTC 1988\37), recogiendo doctrina del TEDH, en concreto la Sentencia de 13 de mayo de 1980 (Caso Artico, contra Italia BDA TEDH 1980\4).

⁴⁹⁵ MORENO CATENA, V., COQUILLAT VICENTE, A., JUANES PECES, A., DE DIEGO DÍEZ, A., DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E., *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios* (dir. MORENO CATENA, V.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, vol. II, p. 1104.

⁴⁹⁶ SSTEDH de 9 de octubre de 1979, caso Airey contra Irlanda (BDA TEDH 1979\3); de 13 de mayo de 1980, asunto Artico contra Italia (BDA TEDH 1980\4); de 25 de abril de 1983, caso Pakelli contra Alemania (BDA TEDH 1983\6); de 16 de junio de 2005, asunto Balliu contra Albania (BDA TEDH

El derecho a la asistencia letrada ha sido reconocido tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo como elemento integrante del contenido esencial del derecho de defensa, cuya finalidad es la real y efectiva observancia de los principios de igualdad de armas y de contradicción⁴⁹⁷.

Atendiendo a razones de seguridad, en virtud de los arts. 325 y 731.bis LECrim⁴⁹⁸, se puede decretar la intervención remota de un interno en un procedimiento penal o incluso el seguimiento de su propio juicio a través de videoconferencia desde el centro penitenciario en el que se halle recluso.

La cuestión que se plantearía a raíz de la regulación efectuada por las precitadas disposiciones versaría sobre la posibilidad de conciliar o no el derecho a la asistencia letrada con la participación a distancia del imputado a través de medios audiovisuales. La lógica jurídica nos conduciría a aseverar que este derecho se entrevería quebrantado si en la sala donde se halla el Juez de Instrucción o el Tribunal Enjuiciador, el Abogado defensor no permaneciera en contacto directo con su defendido para que este atesorara la posibilidad de formularle al Letrado todas las

2005\68); SSTC núm. 37 de 3 de marzo de 1988 (BDA RTC 1988\37); o núm. 53 de 26 de marzo de 1990 (BDA RTC 1990\53).

⁴⁹⁷ Vid. entre otras SSTC núm. 47/1987, de 22 de abril (BDA RTC 1987\47), núm. 233/1998, de 1 de diciembre (BDA RTC 1998\233) o núm. 225/2007, de 22 de octubre (BDA RTC 2007\225) y SSTS núm. 351/1999, de 6 de marzo (BDA RJ 1995\1812) y núm. 724/2007, de 26 de septiembre (BDA RJ 2007\6471).

⁴⁹⁸ Contenido normativo que se mantiene en el art. 121 del TACPP.

cuestiones y comentarios relativos al desarrollo del proceso que estimara oportunos. En caso contrario se estaría incurriendo en una vulneración del art. 24.2 CE, ya que la asistencia letrada no se ve únicamente cumplimentada con el nombramiento de un Abogado que defienda, sino que ha de existir una verdadera asistencia técnica. Esto es lo que nos dice la razón jurídica, pero lo cierto es que en la *praxis* judicial esto no se cumple siempre.

En el supuesto de la práctica de diligencia de declaración del imputado, en la mayor parte de Juzgados de Instrucción, las deposiciones se llevan a cabo en pequeñas salas en las que el acusado se sienta junto a su Abogado. Por tanto, siempre se encontraría asistido técnicamente. Sin embargo, en el acto de juicio oral, aunque el acusado se encuentra físicamente en la Sala de Vistas, la asistencia letrada no se ve nunca cumplimentada. El origen de la transgresión de este derecho lo encontramos en el art. 187 LOPJ: “1. En audiencia pública, reuniones del Tribunal y actos solemnes judiciales, los Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios, Abogados y Procuradores usarán toga y, en su caso, placa y medalla de acuerdo con su rango. 2. Asimismo, todos ellos, en estrados, se sentarán a la misma altura”.

Ante estas exigencias de la LOPJ el acusado no se sienta junto a su abogado defensor, lo cual hace materialmente impracticable la asistencia letrada. Se puede pensar en la interrupción del juicio, argumento claramente utópico de producirse pues el acusado nunca

osará a levantar la mano como los niños del colegio ansiosos por responder a las preguntas de sus profesores, ni se atreverá a interceptar el debate procesal, para solicitar a su señoría la necesidad de aclarar unas dudas que son de carácter urgente y muy importantes para su defensa con su abogado. El inculpado no ve al juez como un moderador del proceso al que se le puede pedir la ayuda que estime oportuna, siente gran temor y respeto hacia él, lo considera una autoridad a la que mejor no molestar pues en sus manos se encuentra su destino.

A raíz de esta coyuntura, no poseemos ninguna autoridad para afirmar que el seguimiento del juicio a través de videoconferencia vulnera el derecho a la asistencia letrada, al existir un quebrantamiento palmario del derecho a la asistencia letrada en la participación física del acusado.

Observamos, con cierto rubor, cómo hasta el momento apenas se ha emitido una denuncia en este sentido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. *De facto*, certificar la vulneración de la asistencia letrada en caso de participación virtual y no denunciar la inexistencia de la misma en el supuesto de participación física, es realmente una táctica desleal impregnada de cierta demagogia para atacar directamente al uso de la videoconferencia en el proceso penal, por aquellos sectores que sienten ciertos recelos a la hora de modernizar la Administración de Justicia a través de la introducción de nuevas tecnologías.

Como hemos acabado de señalar, nos resulta muy sorprendente comprobar la no existencia de un debate doctrinal sobre esta cuestión, este hecho tan significativo nos alienta a denunciar desde este trabajo esta situación que resulta cuanto menos insostenible en un país que presume de ser democrático. Se debe afirmar con absoluta rotundidad, que tanto la celebración del juicio oral sin que el acusado se siente junto a su defensor técnico como la participación y seguimiento a distancia del acusado en plenario a través de videoconferencia, sin que exista una comunicación directa con su Letrado, son situaciones jurídicas incorrectas, que deben ser subsanadas sin demoras por el legislador.

Con todo, existe un sector doctrinal minoritario que critica la no existencia de comunicación entre el acusado con su abogado en el desarrollo del juicio oral. Esta línea doctrinal, considera, entre otros motivos, el sistema acusatorio como un enemigo para que la efectiva asistencia letrada en el juicio oral pueda verse realizada⁴⁹⁹. De ahí que se postule introducir en nuestro sistema procesal penal unos nuevos cometidos adversariales⁵⁰⁰.

En nuestra opinión, no creemos que la cuestión principal radique en cambiar el sistema acusatorio formal por el sistema

⁴⁹⁹ LORCA NAVARRETE, A.M., “La inmediata comunicación del acusado en el juicio oral con su abogado”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 689, 2005, consultado en Base de Datos Aranzadi Westlaw (BDA BIB 2005\2177), disponible en: <http://westlaw.es> (fecha de consulta: 9 de junio de 2010).

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

adversarial. Sí es cierto que en el modelo adversarial las partes cobran un mayor protagonismo en el curso del proceso, dado que son ellas las que acreditan los hechos y aportan información, y por su interés proporcionarán todas las pruebas relevantes que fundamenten su acusación o defensa⁵⁰¹; pero en nuestra opinión el sistema adversarial, si bien posee una serie de características muy a tener en cuenta en futuras legislaciones de enjuiciamiento criminal por mostrarse muy positivas⁵⁰², no es determinante a la hora de solucionar la falta de posibilidad de asistencia letrada que sufre el acusado en su propio juicio.

El aislamiento en el que se encuentra el acusado en la Sala de Vistas requiere de un nuevo escenario que le sitúe junto a su letrado; esta nueva exigencia que dotaría de efectividad a la asistencia jurídica devendría incompatible con el art. 187.2 de la

⁵⁰¹ GÓMEZ COLOMER, J.L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista del poder judicial*, núm. 19, 2006, p. 51.

⁵⁰² Por ejemplo la carga procesal la llevan las partes, por lo que el Juez ostenta un papel de simple observador y moderador del debate procesal con lo que existe una valoración muy objetiva y descontaminada de la prueba practicada por parte del Juzgador. Sobre modelo adversarial cfr. GÓMEZ COLOMER, J.L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista del poder judicial*, núm. 19, 2006, pp. 25-77; WALPIN, G., “America's adversarial and jury systems: more likely to do justice”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 26, 2003, pp. 175-186, disponible en Base de Datos Westlaw International (26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 175): <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 2 de diciembre de 2.010).

LOPJ⁵⁰³, pero en atención a la colisión de los intereses en conflicto, queda claro que el juicio de ponderación debe volcar la balanza en favor de que el letrado estuviese ubicado junto a su cliente-defendido para que fluya una comunicación permanente con el mismo, pues vendría justificado por el hecho de ofrecer el máximo respeto al ejercicio del derecho de defensa⁵⁰⁴. Por ello aplaudimos la inclusión en el TACPP la especial previsión contenida en su art. 442.1 indicando que el encausado debe ocupar en la Sala que le permita la comunicación constante y directa con su letrado durante la audiencia preliminar y el juicio, si bien, en la medida, que estamos ante un texto articulado, convendría que en el texto definitivo se matizara que ese lugar que ha de ocupar el encausado lo sea junto a su abogado.

La única excepción que encontraríamos a esta propuesta de *lege ferenda* vendría impuesta por la existencia de razones de seguridad que aconsejase una rigurosa custodia y vigilancia del inculcado. Claramente, estaríamos haciendo referencia a los internos preventivos o reos que se hallen cumpliendo condena en un centro penitenciario incluidos en los Ficheros de Internos de

⁵⁰³ En contra de lo que opina algún sector doctrinal como CHOZAS ALONSO para el que la comunicación directa entre abogado y defendido en la Sala de Vistas puede “coordinarse perfectamente con lo establecido en el art. 187.2 LOPJ”. CHOZAS ALONSO, J.M., “Art. 42: Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Jurado* (coord. DE LA OLIVA SANTOS, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 452.

⁵⁰⁴ F.J. 4 STS núm. 291/2.005, de 2 de marzo (BDA RJ 4111\2005).

Seguimiento Especial (FIES)⁵⁰⁵. En realidad se trataría de una excepción, que no sería tal. En el supuesto de presos peligrosos, por razones de seguridad estos podrán seguir su propio juicio a través de videoconferencia desde la prisión en la que se hallan reclusos. Habida cuenta que si el imputado-acusado no se encuentra asistido

⁵⁰⁵ El Fichero de Internos de Especial Seguimiento es una base de datos en la que se incluyen a determinados grupos de internos de alta peligrosidad o de protección especial, con el fin de disponer la Administración Penitenciaria toda la información necesaria para llevar un mayor control y vigilancia sobre estos, en orden a contribuir tanto a la seguridad pública como a la seguridad interna del centro penitenciario. Esta base de datos incluye distintos grupos, que, en atención a los delitos cometidos, repercusión social de los mismos, pertenencia a bandas organizadas y criminales, peligrosidad u otros factores, aconsejan un control administrativo. De esta manera forman parte del FIES los internos: especialmente conflictivos y peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los Funcionarios, Autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución, tanto dentro como fuera del Centro con ocasión de salidas para traslados, diligencias u otros motivos; aquéllos que han ingresado en relación con delitos cometidos en el seno de la delincuencia organizada; los que hayan internado por su vinculación a bandas armadas o elementos terroristas, y aquéllos que, a través de informes de las Fuerzas de Seguridad, colaboran o apoyan a estos grupos; los reclusos pertenecientes o que hayan pertenecido a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; y por último todos aquéllos que por sus características criminológicas o penitenciarias, precisan de un especial seguimiento -internos con un historial penitenciario de alta conflictividad, autores de delitos muy graves que hayan generado una gran alarma social, pertenecientes o vinculados a grupos violentos de carácter racista o xenófobo, internos que sin estar procesados o condenados por terrorismo islamista, destaquen por su fanatismo radical, por su afinidad al ideario terrorista y por liderar o integrar grupos de presión o captación en el Centro penitenciario, condenados por el Tribunal Penal Internacional, colaboradores de la justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales. Actualmente el Fichero de Internos de Especial Seguimiento se regula en la Instrucción núm. 6, de 22 de febrero de 2006, sobre protocolo de actuación en materia de seguridad. Para más información sobre este fichero se aconseja consultar CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho penitenciario*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 154-162.

de Letrado, se producirá una indefensión material, ya que se estaría originando un menoscabo real y efectivo de su derecho y, por tanto, una vulneración del art. 24.1 CE, dado que al no poder mantener una comunicación con su defensor esto sería equivalente a no tener asistencia letrada⁵⁰⁶.

En los supuestos en los que el imputado-acusado no participe en la fase de instrucción o en la de juicio oral, si estuviera asistido de letrado en todo momento, no existiría bajo ningún concepto indefensión⁵⁰⁷.

La asistencia letrada en el caso de participación a distancia a través de mecanismos audiovisuales se podría ver cumplimentada de dos formas diferentes:

⁵⁰⁶ El TC en el F.J. 3 de la Sentencia núm. 152/2000, de 12 de junio (BDA RTC 2000\152) nos dice: “desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del art. 24.2 CE. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso; es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa”. Y en el mismo sentido podemos ver las SSTC núm. 225/2007, de 22 de octubre (BDA RTC 2007\225) y núm. 20/2006, de 30 de enero (BDA RTC 2006\20).

⁵⁰⁷ En un sentido similar podemos citar la STS núm. 971/2004, de 23 de julio (BDA RJ 2004\7481). En ella el TS declaraba que no había existido indefensión en la no participación de un imputado esquizofrénico en la fase de instrucción al carecer éste de las más esenciales capacidades psíquicas para articular coherentemente un discurso lógico, y al existir asistencia letrada no hubo bajo ningún concepto menoscabo de su derecho de defensa.

- a. Disponer el imputado-acusado de dos abogados, uno en la sala en la que se encuentre el Juez Investigador o Sentenciador y otro junto al sujeto imputado encarcelado preventivamente.
- b. Mediante el empleo de los nuevos mecanismos de comunicación disponibles actualmente en el mercado, a saber, auriculares y micrófono, de forma que recluso y abogado defensor estarían plenamente comunicados.

En relación con estas dos alternativas, consideramos que para su aplicación debería distinguirse entre abogado de confianza contratado por el propio acusado y el designado a través del turno de oficio. Ambos mecanismos para garantizar la asistencia letrada son igual de válidos y legítimos, sólo que poseen un punto que les diferencia notablemente: su coste. En el primer caso supondría la remuneración de honorarios de dos Letrados, en el segundo, sólo el de uno. Por ello, en el supuesto de que el preso corra con los gastos de las emolumentos de la defensa se le puede dar a elegir entre una de las dos opciones; en cambio, si se hubiera designado abogado de oficio, no debería existir tal elección, sino directamente aplicarse la segunda alternativa, habida cuenta que la finalidad última es garantizar plenamente los derechos del inculcado en parámetros de eficiencia y mitigando el coste que ello supone para el Estado. Este

planteamiento podría albergar la sombra de la discriminación entre “acusado rico” y “acusado pobre”.

Nada más lejos de la realidad, pues no hay que confundir “igualdad” con “uniformidad”. Todos somos iguales ante la Ley, pero no somos uniformes, cada colectivo presenta una serie de características que les distingue del resto. En este caso la igualdad se ve cumplimentada desde el mismo momento en el que se permite la comunicación directa y confidencial entre acusado y defensor. Al existir la posibilidad de asistencia técnica de dos letrados, por qué no se puede permitir tal opción a un sujeto, que corre con los gastos, si de esta manera se siente tal vez más cómodo y más relajado.

Cuestión diferente sería que se le permitiera al mismo tiempo la asistencia directa y física de un letrado y la comunicación directa con otro que se hallara en la Sala de Audiencias; pues en este caso sí existiría una clara discriminación al poder comunicarse con dos abogados al mismo tiempo, mientras que el preso que está siendo representado por un abogado sólo lo podría hacer con éste.

Queda claro que la comunicación entre abogado defensor y su cliente a través de un sistema auditivo y por voz, se presenta como un mecanismo que salva el incumplimiento del derecho a la asistencia letrada y que a su vez se revela eficiente y económico al poder emplearse la videoconferencia para el seguimiento del recluso de su juicio. Esta rutilante solución tiene su talón de

Aquiles en la posible falta de confidencialidad en la conversación privada entre Letrado e imputado-acusado.

No puede pasar inadvertida la viabilidad de interceptación por parte de las autoridades de los diálogos entre el Letrado y su cliente sin que se percaten de este incidente. Se puede esgrimir en contra de esta reflexión que el código ético de cualquier funcionario o autoridad pública española le frenaría a la hora de cometer semejante atropello referente al derecho que ampara el secreto de las comunicaciones personales. Aún así, no resulta absurdo considerar la tentación que puede experimentar la Policía Judicial y proceder así a escuchar ilícitamente una conversación privada entre abogado y defendido con el objetivo de descubrir nuevas pruebas a través de las consultas que realice el acusado con su letrado.

De producirse esta interceptación estaríamos en presencia de una situación equivalente a la intervención de las comunicaciones telefónicas sin autorización judicial. Por tanto, las fuentes de prueba que se obtengan a raíz de estas escuchas darán lugar a medios de prueba cuya pretensión será desvirtuar la presunción de inocencia del encausado, pero que por su obtención ilícita al vulnerarse los arts. 18.3 24.2 CE –dado que las comunicaciones con el abogado defensor es un presupuesto básico de la real y efectiva realización del derecho a la asistencia letrada y por accesión del más extenso de defensa-, deberán ser declaradas nulas

de pleno derecho (arts. 11.1 LOPJ y 287 LECiv en relación con el art. 4 LECiv).

Por otro lado, no resulta nada descabellado que desde el momento en el que la confidencialidad entre acusado y abogado se ha visto truncada, por este hecho se ha vulnerado el derecho a la asistencia letrada, y en consecuencia, el derecho de defensa⁵⁰⁸.

El derecho a comunicarse fuera del alcance de una tercera persona ajena a la conversación es susceptible de equipararse al derecho al secreto de las comunicaciones privadas, en virtud del cual las conversaciones telefónicas no pueden interceptarse in autorización judicial. Sin embargo, por ser un diálogo entre abogado y acusado, ¿se podría intervenir la comunicación por razones de seguridad y de investigación con autorización judicial? El art. 51.2 LGP establece la posibilidad de intervención de las comunicaciones entre el interno y los abogados que le defiendan o asesoren, con la preceptiva autorización judicial, pero su ámbito objetivo queda reducido únicamente a supuestos de internos ingresados por pertenencia a banda armada o grupos de carácter terrorista. Sin embargo, el art. 579.3 LECrim autoriza al Juez la facultad de decretar la observación de las comunicaciones postales,

⁵⁰⁸ Esta es la opinión del TEDH en el asunto *Zagaria* contra Italia, en el que considera que la exigencia de confidencialidad es un elemento integrante de un juicio justo y que la interceptación de conversaciones mantenidas entre el imputado y su abogado vulneran el art. 6.3 del CEDH, esto es, el derecho de defensa. STEDH, asunto *Zagaria* contra Italia, de 27 de noviembre de 2007 (BDA TEDH 2007\84).

telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, con lo cual en principio el ámbito objetivo de actuación fijado en la LGP parece ampliado a todo tipo de delitos por este precepto de la LECrim⁵⁰⁹.

En este orden de cosas, con base en estos dos preceptos, vamos a analizar sintéticamente si la línea de comunicación abierta entre Abogado y defendido para garantizar el derecho a la asistencia letrada cuando el recluso comparece ante el órgano jurisdiccional a través de videoconferencia, puede ser intervenida con la preceptiva autorización judicial.

Debemos circunscribir esta hipotética interceptación al ámbito de la instrucción, excluyéndola siempre de la fase de enjuiciamiento. No puede ser de otra forma, dado que la fase de procedimiento preliminar tiene como finalidad investigar los hechos y determinar si existen indicios racionales de la comisión de algún delito, y que por tanto requiere ser abierta la fase de juicio

⁵⁰⁹ Dada esta laguna legal en el TACPP se indica expresamente en su art. 157 que las comunicaciones entre el encausado que se halle en prisión preventiva y su abogado no podrán ser nunca interceptadas, a excepción de los delitos de terrorismo. Sin embargo, entendemos que esta expresa disposición no va a resolver el problema en la medida que ante situaciones asimiladas al terrorismo, como pudiera ser el crimen organizado, los instructores autorizarán la interceptación de las comunicaciones entre el Abogado y su cliente que se halla cumpliendo prisión preventiva amparando su decisión en una interpretación finalista del citado precepto.

oral, en la que la investigación ya ha terminado y se concluirá si los sujetos acusados deben ser condenados. En este contexto la observación de las comunicaciones se llevaría a término en aras a descubrir o comprobar algún hecho o circunstancia relevante para la causa.

Se podría interpretar que la regulación establecida en el art. 51.2 LGP es operativa como medida de régimen penitenciario mientras que las instrucciones previstas en el art. 579.3 LECrim vendrían a integrar una medida de investigación adoptada al procedimiento penal⁵¹⁰; de esta forma se podría avalar la intervención de la comunicación entre abogado e imputado, cuando este compareciera a distancia a través de videoconferencia ante el Instructor.

En nuestra opinión, el art. 579.3 LECrim resulta muy ambiguo e indeterminado sobre la cuestión que estamos tratando. El inciso final hace referencia a la posibilidad de intervención con autorización judicial de las comunicaciones mantenidas por el imputado sirviéndose de estas para la realización de fines delictivos. Sin embargo, el legislador ha introducido un precepto

⁵¹⁰ Esta es la postura adoptada por el Ministerio Fiscal en el recurso interpuesto por varios imputados por la trama conocida con el nombre de *Gürtel* contra la intervención de las comunicaciones que habían mantenido con sus abogados en el centro penitenciario en el que se encuentran, en el momento de realizar esta investigación, en calidad de presos preventivos.

bastante impreciso al no determinar con meridiana claridad el ámbito objetivo y subjetivo de la hipotética intervención.

En primer lugar, no se especifica qué tipo de comunicación es la susceptible de interceptación, a saber, si estaríamos ante comunicaciones telefónicas, postales, telegráficas o las de carácter personal. En segundo lugar, no se fija el ámbito subjetivo de los interlocutores, al no precisar sobre qué tipo de reclusos cabría acordar una medida de similares características, si se verían afectados todos o sólo algún tipo de interno, ni en qué clase de conversaciones: sólo las mantenidas con su abogado, o también las que tenga con sus familiares o amigos. Esta indeterminación, en nuestra opinión, invalida *per se* cualquier fundamentación que tenga como objetivo la restricción de varios derechos fundamentales (arts. 18.3 y 24.2 CE), al ser paupérrima la regulación del precepto analizado.

Sin embargo, a diferencia del art. 579 LECrim, el art. 51.2 LGP sí contiene una regulación clara y precisa, en cuya virtud, se puede fundamentar una resolución judicial motivada que autorice la intervención de las comunicaciones entre el interno y su Letrado. Para este fin se han de observar dos presupuestos de carácter acumulativos, es decir, no son alternativos: autorización judicial y que el imputado lo sea por algún delito de naturaleza terrorista⁵¹¹.

⁵¹¹ Así viene claramente establecido en las SSTC núm. 183, de 20 de junio de 1994 (BDA RTC 1994\183); núm. 58, de 16 de marzo de 1998 (BDA RTC

A simple vista, se podría concluir que este precepto sería aplicable a imputados por delitos de terrorismo que presten declaración a través de medios audiovisuales y se halle en comunicación permanente con su abogado defensor en el momento de realizar la deposición. Pero, debemos oponernos a tal aplicación por diferentes motivos.

En primer lugar el art. 51.2 LGP es un precepto diseñado para ser aplicado en un ámbito estrictamente penitenciario: entrevistas efectuadas entre abogado y recluso en el mismo establecimiento carcelario. En consecuencia, extrapolar al terreno procesal una medida que ha sido diseñada para ser utilizada en el exclusivo ámbito penitenciario, podría generar más problemas que ventajas, pues ambos ámbitos se estructuran de manera muy diferente y apenas poseen puntos en común. Sería como entremezclar sustancias para conseguir una aleación que nunca surgiría, cada elemento químico continuaría inmóvil sin fusionarse con el otro.

En segundo lugar, la confidencialidad de los diálogos entre recluso y defensor mientras se practica la diligencia de interrogatorio al imputado está incluida dentro del contenido

1998\58); SSTS núm. 245/1995, de 6 de marzo (BDA RJ 1995\1808); núm. 538/1997, de 23 de abril (BDA RJ 1997\3259); y Auto núm. 28 de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid, de 25 de marzo de 2010 (BDA JUR 2010\101019).

esencial del derecho de defensa. En este sentido, cualquier interceptación de tan sagrado derecho, amén de constituir un quebrantamiento del mismo, implicaría una actividad propia de un Estado Policial y no de un Estado de Derecho en el que se garantizan los principios y derechos fundamentales de toda persona relacionados con el derecho a obtener un juicio justo.

En esta tesitura, como quien “evita la tentación evita el peligro” para garantizar la participación a distancia del acusado en el juicio oral a través de videoconferencia con conexión plena con su abogado defensor para que la asistencia letrada se vea efectivamente observada, la comunicación entre Letrado y cliente se debe realizar a través de canales seguros.

Justamente por el componente de inseguridad que otea sobre los métodos de comunicación digitales y los tradicionalmente analógicos, siempre será preferible el empleo de la comunicación digital a la tradicional. Nuestro posicionamiento a este respecto obedece al hecho de que en el canal digital es susceptible de elegirse el propio nivel de seguridad. El método más apropiado es el sistema de Voz sobre Protocolo de Internet (VoIP) pero utilizado de manera adecuada con las herramientas que actualmente ofrece Internet y la moderna informática.

Como vimos en el primer capítulo acerca de la seguridad en la videoconferencia existían básicamente cuatro tipos de ataques

informáticos: ataques para obtener información; ataques de acceso no autorizado; ataques con revelación de información; o ataques de denegación de servicio⁵¹². Ante estos hipotéticos ataques, las mejores defensas preventivas serán las mismas que hemos analizado en el capítulo I al tratar el tema de la seguridad en el empleo de la videoconferencia: esquemas de seguridad de sistemas operativos; sistemas de autenticación seguros; empleo de cortafuegos; utilización de la criptografía; instalación de potentes antivirus; y aplicaciones de detección de intrusiones⁵¹³.

Con estos sistemas de defensa contra posibles ataques, las conversaciones ostentarán un alto grado de privacidad; privacidad que dicho sea de paso, solamente estuvo al alcance en antaño de instituciones militares o de inteligencia, pues la industria de la defensa nacional ha sido de siempre la más puntera en la investigación y desarrollo de grandes proyectos que posteriormente han sido incorporados a otras disciplinas de la vida civil.

⁵¹² DÍAZ, G., MUR, F., SANCRISTÓBAL, E., CASTRO, M., PEIRE, J., *Seguridad en las comunicaciones y en la información...*, cit., pp. 87-114.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 121-135.

- b) Relación entre el principio de contradicción y los aspectos positivos y negativos del derecho de defensa

La relación entre principio de contradicción y el derecho de defensa no es un tema ni mucho menos pacífico en la doctrina procesalista. De hecho existen muchas y variadas acepciones de este concepto. Así, MONTERO AROCA realiza una distinción entre derecho de defensa y principio de contradicción, pues este último “tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional”; sin embargo el derecho de defensa es un derecho con rango fundamental “atribuido a las partes de todo proceso y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial”⁵¹⁴.

⁵¹⁴ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 334.

Para CALAMANDREI, el “principio del contradictorio” es el principio fundamental del proceso, es su “fuerza motriz”⁵¹⁵, y para GOLDSCHMIDT, sólo existe contradicción en la fase de juicio oral, siendo este principio el dominante en el plenario, no existiendo ni en la fase sumarial ni en la intermedia⁵¹⁶.

En nuestra opinión, el principio de contradicción es de capital importancia, no sólo en la fase de juicio oral sino a lo largo de todo el proceso, pero diferenciándolo siempre del derecho de defensa. Contradicción y defensa no deben ser confundidos, pues ambos implican unas garantías procedimentales muy diferentes.

El derecho de defensa entraña la “exigencia de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos”⁵¹⁷, esto se traduce en la oportunidad que le confiere la ley a cada parte para alegar y probar; en consecuencia se podría entender que se genera indefensión cuando se engendrara cualquier infracción de una norma jurídica, al otorgar a un sujeto procesal algunas posibilidades de actuación convenientes para la defensa de su posición en detrimento del resto de sujetos procesales⁵¹⁸.

⁵¹⁵ CALAMANDREI, P., *Proceso y Democracia...*, cit., p. 148.

⁵¹⁶ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., pp.141-143.

⁵¹⁷ STC núm. 52, de 2 de mayo de 1984 (BDA RTC 1984\52).

⁵¹⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A. (con DÍAZ-PICAZO GIMÉNE, I., VEGA TORRES, J.), *Derecho procesal: introducción*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 60.

Por su parte, el principio de contradicción se erige como un principio que ha de planear sobre el proceso, informando al mismo, de forma que nunca podría dictarse una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria sobre aquél sujeto que no ha podido intervenir en el oportuno proceso o imposibilitar que se aprueben normas jurídicas taxativas o permisivas con dicho resultado⁵¹⁹. Esto implica que, si bien toda infracción del principio de contradicción genera indefensión y menoscabo del derecho de defensa no toda indefensión produce la no observancia del principio de contradicción⁵²⁰.

En conclusión, el principio de contradicción o de audiencia – como algún sector doctrinal viene a denominar- es un principio que se podría calificar como la esencia del proceso penal, pues informa enteramente al mismo y a su vez es parte integrante de un gran número de derechos fundamentales que se proyectan sobre todo en el ámbito jurisdiccional penal, cuales son: derecho a un proceso con todas las garantías, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a un juicio oral sin dilaciones indebidas y derecho de defensa y de asistencia letrada y de no indefensión.

Asimismo hay que reseñar la carencia de autonomía en este principio, estamos ante un principio dependiente de otros principios procesales y procedimentales, principalmente de los principios de

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 60.

inmediación y oralidad –en este último caso, la interrelación entre contradicción y oralidad, vendrá dada fundamentalmente cuando nos hallemos en la fase de plenario-; si estos últimos principios no se observan, la contradicción no habrá tenido lugar.

En este orden de cosas, en la utilización del sistema audiovisual de imagen y sonido en tiempo real en el proceso penal si se quebrantara la contradicción habría indefensión, pero no siempre existiría quebrantamiento de la contradicción si se produjera indefensión.

A simple vista, la contradicción no se ve quebrantada por el empleo de la videoconferencia como mecanismo de auxilio para la práctica de las diligencias y actos de prueba personales. Las declaraciones que puedan realizar los testigos, peritos o acusados, están supeditadas a la posibilidad de que todas las partes procesales puedan dirigir las preguntas que estimen pertinentes a los deponentes y obtener respuesta inmediata en tiempo real; de igual forma, en la diligencia de reconocimiento en rueda practicada a través de videoconferencia, todos los participantes podrán visualizar en las mismas condiciones la práctica de esta actividad instructora.

En estos ejemplos se puede apreciar la dependencia de la contradicción respecto del resto de principios procesales. Si no se obtuvieran respuestas de forma inmediata a las preguntas realizadas por los operadores jurídicos en un proceso, no habría intermediación y

por tanto no existiría contradicción. La misma situación se predica en el reconocimiento en rueda de la persona sospechosa: si todas las personas que han de participar en esta diligencia no lo hicieran en igualdad de condiciones, no existiría el principio de igualdad de armas y por ende no habría contradicción.

Cuestión bien diferente será la producción de irregularidades técnicas –distorsión de la imagen, interferencias o ruidos en la audición que hacen imposible su comprensión- en el desarrollo de las actividades sumariales o de prueba cuando se lleven a cabo a través de mecanismos audiovisuales en tiempo real. Aquí no se producirá una vulneración del principio de contradicción al partir sus participantes en igualdad de condiciones, no existiría quebrantamiento de la contradicción, en cambio sí se produciría indefensión, si no se suspendiera la práctica de aquéllas y se dieran por válidas las actuaciones así practicadas.

Por todo ello, la utilización de la videoconferencia es completamente respetuosa con el principio de contradicción, y así viene reconocido por el Tribunal Constitucional: “nuestro ordenamiento procesal penal prevé varias soluciones respetuosas con el derecho de contradicción: la realización de la prueba testifical como prueba anticipada si lo han pedido las partes (arts. 657.3, 781.1, 784.2 y 785.1 LECrim); la suspensión del juicio y la designación de un miembro del Tribunal u otro Juez para que reciba declaración al testigo en su residencia, con asistencia de las

partes (arts. 718 y 719 LECrim); o, finalmente, la toma de declaración mediante videoconferencia (art. 731 bis LECrim), de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre”⁵²¹.

En suma, el empleo en sí mismo de la videoconferencia no produce quebrantamiento de la contradicción; en cambio, determinadas actuaciones por acción o por omisión en su utilización podrían vulnerar este principio procesal, y con ello, también se vería mermada la indefensión. Sin embargo, en el supuesto contrario, es decir, en los supuestos en los que por una mala práctica de la videoconferencia en el proceso penal se vulnerara la indefensión, la contradicción quedaría indemne.

B) Derecho de defensa y videoconferencia a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 678/2005, de 16 de mayo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de octubre de 2006 y de 27 de noviembre de 2007.

En España sólo ha habido un juicio en el que los acusados siguieron a distancia el desarrollo del juicio oral. Este juicio fue desarrollado en la Audiencia Provincial de Alicante y fue conocido como el llamado “caso del Motín de Fontcalent”, juicio que

⁵²¹ F.J. 4 STC núm. 345/2006, de 11 de diciembre (BDA RTC 2006\345).

terminó con Sentencia núm. 549/2002, Sección 1ª, de 2 de diciembre⁵²².

Posteriormente hubo también otro intento de celebración del juicio oral con ausencia física del acusado y seguimiento de aquél a través de videoconferencia por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Terrassa en el año 2004. Intento que quedará frustrado al entender la Sección 2º de la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación que no se veía afectada ni la seguridad ni el orden público, y ello, a pesar de que el acusado era un presunto integrante de un comando terrorista. De esta forma revocó el auto del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Terrassa así como la providencia de 2 de junio de 2004 de la que trajo causa, dejando sin efecto lo acordado en ésta, debiendo celebrarse el juicio oral en la sede del Juzgado contra el citado apelante facilitando la presencia personal del mismo. En relación con la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Alicante, decidió mediante auto de 29 de julio de 2002 que los acusados siguieran a distancia el juicio por medio de sistemas audiovisuales de comunicación, por motivos de seguridad y peligrosidad.

Las razones que condujeron al Tribunal a adoptar esta decisión fueron básicamente de dos tipos: materiales y legales.

Para la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Alicante el gran número de procesados –en concreto 19-, la gravedad de los

⁵²² BDA ARP 2003\587.

hechos cometidos –el Fiscal les imputaba en su escrito de calificación nueve delitos de detención ilegal, uno de asesinato, otro de asesinato frustrado, un delito de atentado, tres de lesiones, cuatro de robo con intimidación, uno de quebrantamiento de condena y una falta de hurto-, los antecedentes penales de una buena parte de los encausados –reos por delitos muy graves, entre otros, de homicidio, asesinato, robos con violencia y lesiones- y el hecho que varios procesados habían consumado anteriormente quebrantamiento de condena mediante fugas de centros penitenciarios, justificaban la adopción de esta decisión.

Pero estas razones que podrían interpretarse como lógicas para acordar tamaña solución necesitaban de un apoyo legal. En ese momento no existía ninguna norma expresa en la LECrim que cubriera legalmente este supuesto. Para este fin argumentó su decisión en el art. 230.1 LOPJ, en las Instrucciones FGE núm. 1/2002 y núm. 3/2002, así como en la legislación de Derecho comparado en concreto en el art. 146.bis de las normas de actuación, de coordinación y transitorias del *Codice di procedura penale* –reguladas por Decreto legislativo núm. 271, de 28 de julio de 1989, modificado por la Ley núm. 11, de 7 de enero de 1998 de Italia- y en el art. 706-71 del *Code de Procédure Penale* francés⁵²³.

⁵²³ Los Fundamentos de Derecho del mencionado auto se pueden consultar en MAGRO SERVET, V., “Experiencias de un juicio celebrado por

Finalmente los acusados fueron condenados y el fallo emitido por la Audiencia Provincial de Alicante fue recurrido en casación ante el Tribunal Supremo. Los apelantes aducían básicamente para casar la sentencia, vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, a la contradicción y a la tutela judicial efectiva; sus fundamentaciones prosperaron en parte y el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 678/2005, de 16 de mayo⁵²⁴, casó y anuló la sentencia dictada por la AP de Alicante, imponiendo una nueva celebración de juicio oral pero con un Tribunal diferente al que presenció el juicio y emitió la sentencia.

El argumento jurídico del Tribunal Supremo para casar la sentencia consistió básicamente en la vulneración del derecho de defensa. El Alto Tribunal comienza ironizando sobre la posibilidad de emplear la videoconferencia en el proceso penal: *“la primera conclusión que cabría extraer de las reflexiones por la Audiencia en sus Resoluciones a propósito de esta cuestión no es otra que la del por qué no se celebran ya en la actualidad todos los Juicios oral, al menos aquellos en los que los acusados se encuentran en situación de prisión preventiva, mediante el sistema de videoconferencia pues, según se afirma, todo lo que ofrece esta innovadora fórmula son múltiples ventajas, sin merma alguna de*

videoconferencia”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 4, 2004, pp. 99-105.

⁵²⁴ BDA RJ 2005\6586.

los derechos fundamentales y garantías propios de nuestro enjuiciamiento penal".

El Tribunal Supremo, sin embargo, no descarta que en un futuro se celebren juicios virtuales, pero que a día de hoy *“el principio general es el de que los acusados se encuentre en la Sala, directamente asistidos por sus Letrados”*, aunque sin embargo sí que admite la modalidad de la comunicación audiovisual para declarar en juicio en calidad de testigo o de perito⁵²⁵, pues de estas deposiciones sólo se requiere *“garantizar la exactitud y fiabilidad de la información recibida por el Juzgador, así como el sometimiento de su generación a la contradicción de las partes”*.

Para el alto tribunal esta afirmación viene dada por la gran diferencia que existe entre las declaraciones a distancia de testigos y peritos de las de los acusados. Para los primeros sólo se espera su correcta percepción desde la Sala de Vistas, para el acusado su declaración además de ser susceptible de “objeto” de prueba, *«representa un papel de “sujeto” activo en la práctica de las actuaciones que se desarrollan en el acto de su propio Juicio»*. Por esta última cuestión para el correcto desarrollo del derecho de

⁵²⁵ El TS, viene reconociendo la utilización de la videoconferencia como medio válido para prestar declaración tanto de testigos como de peritos, sin que bajo ningún concepto pueda considerarse que produce indefensión. Vid. entre otras: SSTS núm. 275/2005, de 2 de marzo (BDA RJ 2005\2724), núm. 1315/2007, de 5 de enero (BDA RJ 2007\279), núm. 172/2007, de 27 de febrero (BDA RJ 2007\2528) y núm. 632/2007, de 29 de junio (BDA RJ 2007\3968).

defensa del acusado es necesaria su presencia física en la audiencia además de una comunicación directa con su Letrado, para desempeñar este último correctamente la labor de asesoramiento y asistencia técnica.

En este último aspecto se halla la clave por la que el Tribunal Supremo admitió el recurso de los condenados, ya que no existía una comunicación directa y confidencial entre los acusados que se hallaban en el centro penitenciario y los abogados que se encontraban en la Audiencia Provincial de Alicante. De hecho el propio tribunal apunta la posibilidad de que tal vez no se hubiera vulnerado el Derecho de defensa si se hubiesen adoptado medidas de comunicación, como mínimo auditiva, independiente, directa y constante entre el Defensor y su defendido, simplemente con estas medidas en la práctica se podrían ocasionar otro tipo de problemas, en clara alusión a una posible intervención ilegal de esta comunicación, pero esta cuestión sería fruto de otro debate.

No es una novedad el hecho de que el Tribunal Supremo hable de comunicación directa entre abogado y acusado para que no se vea vulnerado el derecho de defensa que a todo ciudadano asiste, ya en la STS núm. 291/2005, de 2 de marzo⁵²⁶ proclamó 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

⁵²⁶ BDA RJ 2005\4111.

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. No existe tal prevención en relación a los otros juicios, con lo que se impide esa inmediata comunicación, que, para ser llevada a cabo exige la interrupción de la Vista”⁵²⁷.

Pese a todo esto, sí que se ve con buenos ojos por el TS la utilización de la comunicación electrónica audiovisual por motivos de absoluta imposibilidad de asistencia personal del acusado a la Vista, y también cuando por la mala conducta de alguno de ellos, obligue al juez o magistrado a su expulsión. Ante estas vicisitudes se podría instalar una pantalla en una Sala contigua a la del juicio, en la que el acusado podría seguir asistiendo desde allí a su celebración, siendo de este modo el proceso más eficaz y garantista precisamente con la persona que ha propiciado inevitablemente su expulsión, tal y como actualmente regula el art. 63.2 del Estatuto de

⁵²⁷ GARCÍA CALVO en un voto particular emitido a la STC núm. 258/2007, de 18 de diciembre (BDA JUR 2008\10881) advierte de las deficiencias en materia de defensa de nuestra sistema procesal “...en el que, salvo el afortunado caso del proceso ante el Tribunal del Jurado, las posibilidades de comunicación directa, inmediata y efectiva entre acusado y Letrado durante el juicio oral son prácticamente inexistentes”.

la Corte Penal Internacional. El razonamiento principal para invalidar el juicio y ordenar su repetición, como hemos visto, lo constituirá la inexistencia de comunicación directa entre abogado y acusado. Razonamiento que a nuestro juicio es completamente válido pero sesgado; puesto que ante idénticas situaciones en las que tal comunicación es inexistente a día de hoy en la celebración de los juicios en España no se ha casado a favor del apelante acusado por inobservancia del derecho a la asistencia letrada y por ende se habría incurrido en indefensión. Así, en realidad existe una clara discriminación jurisprudencial entre acusados presentes en la sala de vistas y los que se encuentran en el centro penitenciario, pues ambos se hallan indefensos al no estar junto a su Letrado.

Se podría esgrimir en contra de este aserto, que en el supuesto de presencia física del inculcado en el plenario no habría vulneración del derecho a la asistencia letrada desde el momento en el que el acusado y su Abogado pueden reunirse con anterioridad a la celebración del juicio para preparar de forma adecuada la defensa; sin embargo esta preparación no podría tener lugar si el inculcado se encuentra en un centro penitenciario y participa virtualmente en su propio juicio a través de videoconferencia teniendo en cuenta que si se halla alejado del lugar en el que se va a celebrar el juicio esa preparación anterior puede verse frustrada.

La elaboración de la estrategia a seguir en el juicio no se ve obstaculizada por el hecho de estar el acusado en un lugar alejado

del de la celebración de la fase de plenario. El abogado defensor tiene la obligación de gestar tal labor y si ha de trasladarse hasta una ubicación distante, en su deber profesional y en sus honorarios va incluido semejante desplazamiento. No obstante, la cuestión principal radica no en una mera incomodidad para el Letrado, sino en una inexistente comunicación entre éste y su cliente en el juicio oral, situación que provoca una manifiesta indefensión.

Debemos matizar que con la inexistencia de esta comunicación no se habrá vulnerado el derecho de defensa, al haberse nombrado un abogado de confianza que defienda al acusado. Tampoco se habrá quebrantado el principio de contradicción, dado que el defensor podrá intervenir en todo momento y hacer todas las preguntas que estime pertinentes a testigos y peritos, así como pedir que se incluyan en el acta todas las observaciones que estime oportunas. Sin embargo, sí habrá un quebrantamiento del derecho a la asistencia letrada y como consecuencia de esta vulneración habrá también una indefensión manifiesta. En los supuestos en los que este último hecho suceda, estaremos ante una de las manifestaciones que más raramente se apreciarán como vulneradoras en nuestro proceso penal: se habrá observado la contradicción pero sin embargo existirá indefensión.

Esta forma de indefensión se observa en todos los juicios que se estén celebrando en estos momentos en cualquier parte de nuestro país al no existir comunicación directa entre abogado y

letrado. Por tanto la argumentación expuesta por el Tribunal Supremo para casar la sentencia del motín de Fontcalent fue un argumento válido pero introducido más bien por otros intereses al quedar patente la doble vara de medir del Alto Tribunal ante situaciones idénticas y equivalentes. En este caso, creemos que los recelos hacia el empleo del sistema de videoconferencia para la participación a distancia del acusado triunfaron por encima de cualquier otra cuestión.

Entendemos que en el juicio celebrado en el Audiencia Provincial hubo quebrantamiento del derecho a la asistencia letrada, si bien estamos en presencia de un derecho que se quebranta en todos los juicios, y por ello, el razonamiento anterior admitiría dudas más que relevantes para casar la sentencia, sin embargo, debemos indicar que sí existió una cuestión bien distinta que hacía que se ordenara la repetición del juicio: la vulneración del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad no se halla expresamente recogido en nuestra Constitución ⁵²⁸, pero se puede ubicar

⁵²⁸ En legislaciones extranjeras se regula expresamente el principio de proporcionalidad en la adopción de la prisión provisional, así en Alemania, por ejemplo el art. 112 StPO, en el *Codice de Procedura Penale*, en relación con la adopción de las medidas cautelares personales se consagran los principios de idoneidad (art. 275.1), necesidad (art. 275.3) y proporcionalidad en sentido estricto (arts. 175.2 y 299) y en el *Código de processo penal* portugués con respecto a las *medidas de coacção privativa da liberdade*, hace referencia a los principios de proporcionalidad y de idoneidad (art. 193.2), así como al principio de necesidad (art. 193.3).

perfectamente en los arts. 1.1, 9.3 y 10.2 CE, y no se puede invocar su lesión autónomamente, sino siempre en relación con otro derecho fundamental⁵²⁹. En el momento en el que una resolución judicial limite un derecho fundamental, el órgano jurisdiccional deberá motivar suficientemente dicha decisión, atendiendo a la proporcionalidad, debiendo observarse un juicio de idoneidad, otro de necesidad y un juicio de proporcionalidad *stricto sensu*⁵³⁰.

En el auto de 29 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Alicante se tomó la decisión del seguimiento del juicio por los procesados desde el centro penitenciario atendiendo a razones de peligrosidad. Esta peligrosidad se argumentaba indicando los numerosos delitos de los que se les acusaba, y de los antecedentes penales por delitos muy graves que otros albergaban a sus espaldas, debiéndose resaltar que no todos los reos tenían en su historial por antecedentes penales la comisión de hechos criminales altamente

⁵²⁹ F.J. 3 STC núm. 55/1996, de 28 de marzo (BDA RTC 1996\55), F.J. 7 STC núm. 161/1997, de 2 de octubre (BDA RTC 1997\161), F.J. 7 STC núm. 49/1999, de 5 de abril (BDA RTC 1999\49).

⁵³⁰ Nuestro Tribunal Constitucional ha recogido la doctrina del BVerfGE sobre el principio de proporcionalidad, por la que el citado tribunal germano otorga al mencionado principio categoría de garantía constitucional, concibiéndolo en un sentido amplio y dividiéndolo a su vez en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sobre la doctrina del BVerfGE de este principio se pueden consultar entre otras las siguientes decisiones: BVerfGE 30, 292 y BVerfGE, 19, 342, hallándose disponibles en: <http://www.verfassungsrecht.ch/> (fecha de consulta: 20 de febrero de 2007). En relación con la adopción de esta doctrina por nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales se puede consultar el F.J. 4 STC núm. 11/2006, de 16 de enero (BDA RTC 2006\11).

graves. Por tanto, atendiendo a estos datos, la medida podría considerarse idónea, pero no para todos los encausados, sólo para ocho de ellos, puesto que eran los únicos en los que se podía apreciar un elevado índice de peligrosidad. En consecuencia, esta decisión se podría tachar de discriminatoria y no proporcional en sentido estricto.

Asimismo, tampoco era merecedora de calificarse esta decisión como “necesaria”, al existir “*medios más que suficientes para neutralizar ese peligro, sin necesidad imperiosa de suprimir derechos fundamentales de los juzgados*”⁵³¹. Sobre este último extremo el Tribunal Supremo pone un ejemplo muy clarificador “*piénsese 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*”.

Una pregunta que debería plantearse sería si de haberse dado esta misma situación con la regulación actual de la LECrim, el

⁵³¹ Entendemos que la asistencia del acusado a la Sala de Vistas es uno de los elementos integrantes del contenido esencial del derecho de defensa al que se refiere el art. 24.2 CE. En apoyo de esta tesis encontramos la STEDH de 23 de febrero de 1994 (caso Stanford contra Reino Unido, BDA TEDH 1994\10), aseverando en su apartado 26 que el art. 6 reconoce un derecho a la participación real en el proceso, incluyendo no sólo el derecho a asistir, sino también de oír y seguir los debates.

sentido de esta sentencia habría sido diferente. En nuestra opinión nada habría cambiado, porque una cosa es que este auto tuviera una cobertura legal y otra muy diferente es que disfrutara de una cobertura constitucional. Fuera cual fuere la legislación, aún cumpliendo con todos los requisitos que la LECrim establece, nunca hubo comunicación directa entre los acusados y sus abogados y hubo un quebrantamiento del principio de proporcionalidad en materia de derecho de defensa, al prohibirse su asistencia a la Sala de Audiencia, con lo cual seguiría existiendo indefensión⁵³².

⁵³² Existen otros autores que entienden que esta Sentencia fue muy rigurosa. Así GONZÁLEZ PASTOR, opina que no hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque no existe ninguna normativa, ni internacional, ni europea, ni estatal que establezca que el Letrado asesore en el acto del juicio a su cliente, vid. GONZÁLEZ PASTOR, C. P., “Sobre la no validez del sistema de videoconferencia en el denominado juicio del motín de Fontcalent”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 23, 2006, p. 105. Por otro lado MUÑOZ CUESTA, partiendo de que el tratamiento entre acusados y testigos y peritos debe ser diferente, hay que tener en cuenta sin embargo que “la peligrosidad extrema de un acusado con antecedentes de fuga en supuestos generales y en particular, como sucede en la práctica, que el delincuente comete un delito menos grave o incluso grave precisamente para propiciar su traslado a la vista oral, podrían ser motivo para limitar el derecho a la asistencia física al juicio y así neutralizar una intencionalidad, en otras ramas del derecho llamaríamos de fraude de ley, que persigue el acusado, pudiéndose garantizar la relación con su abogado durante la vista por el mismo medio de comunicación electrónica que se esté utilizando, si alguna incidencia durante el desarrollo de aquél así lo requiriese”. Vid. MUÑOZ CUESTA, J., “Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6586)”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2005, p. 21677.

En el polo opuesto a este pronunciamiento del Tribunal Supremo, nos encontramos con la STEDH de 5 de octubre de 2006⁵³³, asunto Marco Viola contra Italia, en el que declara acorde al art. 6 del CEDH la participación a distancia por videoconferencia de un acusado que cumplía prisión como reo de delitos relacionados con el entorno mafioso. ¿Son sentencias contrapuestas? La respuesta es negativa, a continuación vamos a explicar por qué.

En primer lugar, esta decisión se adopta por razones de seguridad, pero estas razones de seguridad estaban plenamente justificadas. La videoconferencia, no se utilizó en primera instancia, sino en el juicio de apelación. Esta decisión tenía cobertura legal en el art. 146.1.b) *delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*, aprobado por Decreto Legislativo núm. 271, de 28 julio de 1989, modificado por la Ley núm. 11, de 7 de enero de 1998. A este respecto el Tribunal de Estrasburgo matiza que resulta conveniente señalar las acusaciones que se vertían sobre el demandante, el cual se encontraba acusado de graves delitos vinculados a las actividades de la mafia. De este modo, continúa el Tribunal que “la lucha contra este mal puede, en ciertos casos, requerir la adopción de unas medidas tendentes a proteger, ante todo, la seguridad y el

⁵³³ BDA TEDH 2006\55.

orden públicos, así como a prevenir la comisión de otros delitos penales (Sentencia Pantano contra Italia, núm. 60851/2000, ap. 69, 6 noviembre 2003)⁵³⁴.

Dotada de una estructura jerárquica rígida y de reglas muy estrictas, de un fuerte poder de intimidación basado en la Ley del silencio y en la dificultad de identificar a sus miembros, la mafia representa un tipo de contrapoder criminal capaz de influir directa o indirectamente en la vida pública y de infiltrarse en las instituciones (Sentencia Contrada contra Italia de 24 agosto 1998, *Repertorio* 1998-V, pg. 2190, ap. 67⁵³⁵). Tampoco es irrazonable estimar que sus miembros pueden, incluso por su mera presencia en la sala de audiencia, ejercer presiones indebidas en las otras partes en el proceso, y concretamente en las víctimas y en los testigos arrepentidos”.

Por estos motivos el TEDH entiende que “la participación del demandante en las vistas de apelación por videoconferencia perseguía unos fines legítimos en virtud del Convenio, a saber la defensa del orden público, la prevención del delito, la protección de los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad de los testigos y de las víctimas de los delitos, así como el respeto de la exigencia del ‘plazo razonable’ de la duración de los procesos judiciales”.

⁵³⁴ BDA JUR 2003\230485.

⁵³⁵ BDA TEDH 1998\38.

En atención a estos razonamientos, resulta evidente que, ante la concurrencia de causas de peligrosidad y de seguridad, la adopción de este tipo de medidas están completamente justificadas, y no quiebran la proporcionalidad por tratarse de una decisión idónea y estrictamente proporcional: el acusado estaba cumpliendo condena en un régimen penitenciario especial por su calidad de preso peligroso y no ostentó un trato diferente en relación con el resto de procesados que fueron acusados por el mismo tipo de delitos.

En lo referente al derecho de defensa, en el asunto analizado en la sentencia, nunca se ve quebrantado, porque el acusado puede intervenir directamente en el juicio, puede ver y oír en tiempo real lo que en la Audiencia se está desarrollando y lo más importante está conectado directa, confidencial y personalmente con su Abogado defensor por medio de una conexión privada telefónica. Ante estas razones, el TEDH no consideró que se produjera indefensión en el recurrente al no apreciar ninguna práctica contraria al art. 6 CEDH.

En nuestra opinión, si existe una conexión directa con el Letrado, la participación a distancia del acusado es factible, pero la resolución que acuerde esta forma particular de intervención del acusado a través de videoconferencia ha de estar motivada en razones de necesidad, idoneidad, seguridad y peligrosidad que concurren en ese sujeto que aconsejen su no conducción a la Sala

de Vistas. Pero, como casi todo en esta vida, esta modalidad de participación puede tener un grave obstáculo e inconveniente, que ya hemos señalado anteriormente: la confidencialidad entre abogado y acusado. Situación que también ha sido conocida por el TEDH.

En la STEDH de 27 de noviembre de 2007⁵³⁶, en el caso Zagaria contra Italia, a raíz de una conversación privada entre un acusado que participaba a distancia en el proceso penal con su abogado defensor en el desarrollo del juicio que se seguía contra aquél, el Letrado descubrió por casualidad un expediente en el que se hacía constar la conversación telefónica que había mantenido con su defendido. Obviamente, el abogado denunció tamaña injerencia, por entender que existía una clara vulneración del derecho de defensa. El asunto llegó hasta el TEDH, el cual dio la razón al recurrente. El fundamento principal en el que basó su fallo fue la interpretación que hizo del art. 8 CEDH al asimilar la intervención de comunicaciones telefónicas con la interceptación de la conversación privada y confidencial entre acusado y abogado defensor en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada.

Ante los riesgos evidentes de vigilancia y “espionaje” de las comunicaciones personales y confidenciales mantenidas entre acusado y Letrado durante un procedimiento penal, nos mostramos muy cautelosos sobre la utilización de la videoconferencia en el

⁵³⁶ BDA TEDH 2007\84.

proceso penal como instrumento para que el acusado no asista a la Vista, y siga el transcurso del juicio desde el Centro Penitenciario en el que se halla preso preventivamente o cumpliendo condena por otro tipo de delitos, si no se asegura a través de las correspondientes medidas de seguridad técnicas que limiten con un alto porcentaje de probabilidad las intromisiones de terceros ajenos a esa conversación⁵³⁷.

Prueba de que este sistema aplicado al acusado para que participe a distancia en el proceso penal está rozando los límites de la constitucionalidad lo hallamos en el macrojuicio celebrado en la Audiencia Nacional por los atentados terroristas del 11 de marzo en Madrid. En dicho juicio, se hizo uso de la videoconferencia en el transcurso de todo el proceso, pero sólo con relación a testigos que se hallaban en prisiones extranjeras⁵³⁸, en concreto en Francia e Italia. Existía un acusado, que se encontraba cumpliendo condena en Italia, y no se optó por su participación a distancia desde el centro penitenciario transalpino, sino por su presencia física en el

⁵³⁷ Por ello, la doctrina del TEDH no ha variado al respecto, Así en SSTEDH de 15 de febrero de 2009 (JUR 2009\45459) y de 24 de abril de 2012 (JUR 2012\142835), se han estimado los recursos de los acusados al considerar que se ha producido una vulneración de su derecho de defensa al no preverse durante su seguimiento del acto del juicio a través de videoconferencia medios para comunicarse con su abogado defensor y no asegurar dicha comunicación de forma que sea secreta y confidencial.

⁵³⁸ Estos testigos como ya hemos indicado en el anterior capítulo eran: Oulad (Mohamed) Chabarou, desde Bruselas, Yahya Mawed Mohamed Rajed, desde Spoleto (Italia) y de Attila Turk y Ahmed M'Saad, ambos desde Versalles.

acto de juicio oral. En este caso, estaba más que justificado que siguiera el juicio desde la prisión a través de los medios de la imagen y el sonido en tiempo real. El perfil del acusado así lo evidenciaba, pues estaba cumpliendo condena por pertenecer a una red de reclutamiento y adoctrinamiento de jóvenes musulmanes que eran enviados a Irak o Afganistán para inmolarsse, red que se hallaba vinculada a la organización terrorista Al Qaeda. Esta estructura terrorista trasnacional posee un entramado complejo y flexible, cuyo fin es destruir el mundo occidental, en palabras de ellos “judíos y cruzados”. Estamos ante una organización constituida por múltiples cédulas que a su vez entabla estrechos lazos de conexión con un gran número de grupos armados que comparten su misma ideología⁵³⁹. Son capaces de organizar cualquier atentado de inimaginables dimensiones, casi siempre en lugares muy concurridos. Su objetivo consiste en asesinar indiscriminadamente a mayor número de personas posibles, provocar una “carnicería” para generar una grave alarma mundial. La mayor dificultad que presenta este entramado es su difícil prevención y desbaratamiento de sus planes terroristas, ya que son los propios activistas los que portan consigo mismo los explosivos,

⁵³⁹ Para más información sobre lo que el terrorismo de Al Qaeda supone es interesante consultar a REINARES, F., “España, Al Qaeda y el terrorismo Global”, en *Claves de razón práctica*, núm. 141, 2004, pp. 24 a 29 y del mismo autor “Bajo sombras de espadas. Al Qaeda y la amenaza terrorista en el Magreb”, en *Claves de razón práctica*, núm. 175, 2007, pp. 16- 22.

es decir, los propios terroristas son el artefacto explosivo en sí, son suicidas, y por esta cuestión se hace muy complicado luchar contra este tipo de organización criminal. Si comparamos esta organización terroristas con las de carácter convencional, como por ejemplo la banda terrorista ETA, los sus integrantes de estas últimas, cuando planean un atentado a su vez deben concebir también una huída; en el caso del terrorismo islámico no es necesario planificar ninguna huída puesto que el terrorista fallece. De esta forma, estas redes constituyen un verdadero peligro para la seguridad, el orden público y la vida de las personas.

Con base en estos parámetros, el miembro de Al-Qaeda recluido en Italia, podría declarar a través de videoconferencia, pudiendo ampararse legalmente la hipotética decisión de la Audiencia Nacional tanto en las legislaciones internas españolas e italianas –que tal y como hemos apreciado recogen este supuesto– como por el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del año 2000. A pesar de existir esta posibilidad legal, “El Egipcio” vino a España y no intervino virtualmente desde Italia en el acto de juicio oral, si bien, si lo hizo para conocer el fallo emitido por la Audiencia Nacional. Encontramos una justificación a esta actitud de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el temor a que de no participar el acusado de una forma activa y física en la Sala de Vistas, podía éste, en el caso de que se demostrara su culpabilidad, recurrir en amparo al Tribunal Constitucional por

entender que se había vulnerado el art. 24 CE, y tener visos de prosperar tal recurso, teniendo en cuenta el precedente acabado de estudiar: la STS núm. 678/2005, de 16 de mayo. Con ello se podría poner en riesgo un posible fallo condenatorio, dejando sin recompensa todo el esfuerzo y labor judicial que se había llevado a cabo en ese macroproceso. Sin embargo, la lectura de la sentencia sí se realiza a través de videoconferencia, porque no requiere ninguna asistencia letrada, simplemente que el acusado pueda ver y oír en tiempo real ese fallo condenatorio. Por esto mismo, como en este caso no había riesgo de que se vulnerara ningún derecho fundamental, sí se optó por la participación a distancia del Egipcio por evidentes razones de seguridad⁵⁴⁰.

En cualquier caso, la comparecencia de este preso peligroso a través de medios audiovisuales desde Italia no se acordó ante la falta de tecnologías de comunicación entre abogado y defendido que permitieran una comunicación directa, segura y confidencial entre éstos. En los supuestos en los que concurren razones de seguridad, se podrían celebrar sin ningún obstáculo constitucional juicios en los que el acusado participara de forma activa a través de videoconferencia desde el centro penitenciario sin necesidad de ser

⁵⁴⁰ Toda la información sobre la participación a través de videoconferencia de todos los sujetos procesales que intervinieron en el maxiproceso del 11 de marzo ha sido extraída de la siguiente página web: <http://www.datadiar.tv/juicio11m/juicio.htm> (fecha de consulta: 18 de julio de 2014), en ella se pueden consultar todas las retransmisiones del juicio del 11 de marzo por los atentados terroristas de Madrid de esa fecha en 2004.

trasladado hasta la Sala de Vistas, siempre y cuando los centros judiciales y penitenciarios estuvieran dotados de dichos mecanismos que permitieran esa comunicación directa y confidencial, deficiencia que existía en la Audiencia Nacional en particular, y en todas las sedes carcelarias y jurisdiccionales españolas en general. Esta carencia se debe subsanar, en aras a lograr una justicia más moderna que compatibilice agilidad, seguridad compatible con derechos fundamentales y renovación.

Tal vez por esta cuestión, pese a los precedentes negativos del Tribunal Supremo respecto a la intervención del acusado a través de medios audiovisuales en el juicio oral, este mismo Tribunal en Sentencia núm. 644 de 10 de octubre de 2008, se desdice de su doctrina anterior al reflejar que: *“La validez de la videoconferencia tiene distinta dimensión cuando se trata de la utilización de esta tecnología sustituyendo la presencia de los acusados en el momento del juicio oral por su declaración a través de la comunicación bidireccional de la imagen y el sonido, que cuando se emplea para las manifestaciones de testigos y peritos. Como se puso de relieve en la sentencia de esta Sala, de 16 de mayo de 2005, el acusado debe tener un papel activo en el juicio oral por lo que adquiere relevancia su presencia física e incluso la posibilidad de la comunicación constante con su Abogado, que no sólo se debe cumplir en los procedimientos de la Ley del Jurado, sino en toda clase de juicios orales. No por ello se debe descartar totalmente la*

celebración de juicio por videoconferencia con los acusados y así lo contempla el Convenio Europeo antes citado (CEDH), cuando lo exijan razones de seguridad derivadas de la extrema peligrosidad de los acusados que hagan desaconsejable su traslado o cuando, por las circunstancias externas, las sesiones pudieran verse seriamente alteradas por concentraciones masivas de personas en los alrededores de la sede del tribunal. En estos casos, sí que debe motivarse las razones que se alegan para justificar esta decisión excepcional⁵⁴¹.

No es de extrañar que el Tribunal Supremo rectifique sobre sus propios pasos en esta sentencia, dejando abierta la posibilidad de celebración de juicios en ausencia de acusado participando éste a través de videoconferencia, al percibirse de una manera muy palpable –como lamentablemente sucede en muchas facetas de la vida diaria- que la sociedad va muy por delante de las instituciones judiciales. Prueba de ello lo encontramos en el hecho de que los centros penitenciarios han sido dotados de todos los mecanismos necesarios para celebrar juicios a través de videoconferencia, y para ello han sido equipados del material y la logística necesarios y para no cometer errores del pasado, se han establecido una serie de normas protocolarias para tal fin. Así, el procedimiento común para llevar a término la participación del

⁵⁴¹ FJ 7 STS núm. 644/2008 de 10 de octubre (BDA RJ 2008\7193).

imputado o del acusado en las actividades que se lleven a cabo en los órganos jurisdiccionales, vendría a componerse de las siguientes fases⁵⁴²:

- a. Disposición de Salas adaptadas. Estas salas deben estar equipadas de medios técnicos, de seguridad y de espacio suficiente para acoger como mínimo a cinco internos y como máximo a diez. Se deben ubicar en dependencias accesibles tanto para internos como para visitantes –por ejemplo, en una sala de reconocimiento o en un departamento de comunicaciones o de zonas ajenas-.
- b. Solicitud. El Juez o Tribunal interesado es el encargado de solicitar al Director del centro Penitenciario en el que se encuentra el interno la celebración del juicio o de las diligencias oportunas a través de videoconferencia.
- c. Establecimiento de horarios fijos y autorización. El Consejo de Dirección es el encargado de determinar los días y las horas en los que se van a desarrollar todas las actividades judiciales o administrativas por videoconferencia. Posteriormente el Director del Centro comunicará al Juez o Tribunal el día y la hora de celebración de la sesión.

⁵⁴² ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J., *Procedimientos penitenciarios*, ed. Comares, Albolote (Granada), 2009, pp. 89-90.

- d. Nombramiento de funcionarios responsables. Deberán ser nombrados por el Director del Centro penitenciario y han de conocer a la perfección el sistema de funcionamiento de comunicación por videoconferencia.
- e. Directrices sobre medidas de seguridad. Los internos o sus familiares no podrán exhibir ningún documento u objeto, salvo que la Dirección del centro así lo haya autorizado, si bien los reclusos no podrán llevar bolsas, paquetes ni ningún tipo de objeto en el momento de celebrarse la comunicación.
- f. Identificación. Los internos deberán mostrar al Secretario Judicial del órgano jurisdiccional requirente con el fin de que éste pueda acreditar su identidad. Para ello exhibirán un Documento oficial (DNI o pasaporte), el cual puede ser visionado con total perfección por el secretario al enfocar la cámara el documento y ampliar la imagen a través del zoom. Se debe indicar que el Centro Penitenciario sobre este aspecto ha de prestar toda la colaboración requerida por el Juzgado o Tribunal.
- g. Registro. De todo lo actuado en el Sala de videoconferencia, se debe registrar preferiblemente en soporte informático y

en su defecto, en los libros destinados para tal fin. En cualquier caso las sesiones se grabarán en el SIP⁵⁴³.

En definitiva, pese al revés que supuso la Sentencia del Tribunal Supremo para la utilización de la videoconferencia en la participación a distancia del acusado en la fase de juicio oral, el sistema español está preparado para hacer frente en cualquier momento la celebración de un juicio con estas características. Todo ello a pesar de la deficiente regulación en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, pues aún cuando observamos la mención de una manera directa o indirecta de algunos principios constitucionales, como el de la contradicción, esas inclusiones no determinan con concluyente claridad cuál es su contenido esencial en un proceso penal⁵⁴⁴.

En esta tesitura, y en lo que a contradicción se refiere, se incumple el requerimiento que ha efectuado el TEDH acerca de la

⁵⁴³ El SIP (Sistema de Información de Gestión Penitenciaria), es un sistema informático formado por una base de datos en la que figuran todos los datos de carácter procesal, penal y penitenciario de toda la población reclusa española. En él se recoge toda la información albergada en el anterior sistema de Incurso penitenciarios.

⁵⁴⁴ Por ejemplo, en relación con el principio de contradicción que hemos mencionado, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no hallamos un precepto que exprese de una manera clara y concisa el contenido de este principio. De esta manera el art. 302 LECrim nos habla de la contradicción de una forma muy genérica al establecer que “las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”, y de una forma más específica, pero sin carencia de exhaustividad en otros preceptos de la LECrim, en concreto en los arts. 333, 336.2, 350.2, 356, 386 y 471.2 LECrim.

existencia de una legislación con normas claras y detalladas sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones nacionales⁵⁴⁵, y lo mismo hemos de decir respecto del derecho de defensa. En relación con este último derecho, ya venía denunciada esta situación en 1989 por MORENO CATENA al entender que “la regulación del derecho de defensa en nuestro proceso penal puede considerarse insatisfactoria, presentando fisuras ciertas en las distintas fases en que se desarrolla el proceso, tanto por lo que hace a la autodefensa como a la defensa técnica”⁵⁴⁶.

Han pasado más de 20 años desde la denuncia de MORENO CATENA y sin embargo la situación sigue siendo exactamente la misma o incluso peor. Debido a la incorporación de nuevos mecanismos susceptibles de empleo en un proceso penal nos encontramos con un proceso que es factible de desarrollarse de múltiples formas, incluso con la presencia virtual y no física de sus intervinientes, y no existe ninguna regulación al respecto sobre el derecho de defensa.

⁵⁴⁵ SSTEDH caso Malone contra Reino Unido, de 2 de agosto de 1984 (TOL 168782); asunto Halford contra Reino Unido, de 25 de junio de 1997 (TOL 301611); caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998 (BDA TEDH 1998\31).

⁵⁴⁶ MORENO CATENA, V., “Algunos problemas del derecho de defensa”..., cit., p. 456.

En nuestra opinión, no por ello se ha de desertar de la incorporación de las nuevas tecnologías, pues estas son ampliamente compatibles con el principio de contradicción y con el derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución, lo contrario supondría mantener una justicia fósil y vetusta más propia de siglos pasados que del siglo XXI, amparada en el ámbito penal, en una Ley de Enjuiciamiento del siglo XIX que debía ser sustituida por una nueva más acorde con los nuevos tiempos constitucionales y sociales de nuestro país, en la que se incluyera una regulación explícita de todos los derechos y principios constitucionales que afectan al proceso penal. En el caso particular de la videoconferencia, asunto principal que nos ocupa, se debería precisar de una manera más clara y precisa el contenido y alcance de los principios y derechos que hemos acabado de analizar y los que a continuación vamos a detallar, con la finalidad puesta en su no vulneración, y de esta forma conciliar innovación procesal con garantías individuales.

3. RELACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA CON OTROS PRINCIPIOS
DEL PROCESO: ORALIDAD, PUBLICIDAD, CONCENTRACIÓN Y
UNIDAD DE ACTO E IGUALDAD DE ARMAS

En los modernos sistemas democráticos todo Derecho procesal penal legalmente constituido se enfrenta ante la necesidad de armonizar el interés de la búsqueda de la verdad con la salvaguarda de los derechos individuales del procesado⁵⁴⁷.

En el camino procesal de búsqueda y obtención de la verdad, el vehículo que nos transporta por esa travesía, el procedimiento, puede sufrir ciertos accidentes que imposibiliten alcanzar la meta propuesta. Estos accidentes pueden venir referidos a la imposibilidad de práctica de determinadas diligencias de investigación y/o actos de prueba de carácter personal, si bien con la ayuda de las nuevas tecnologías, como pudiera ser la videoconferencia, sería la herramienta perfecta para que el vehículo no se estrelle y las personas llamadas a comparecer ante el Juez o el Tribunal lo puedan hacer de forma virtual, aportando con su participación los elementos suficientes para esclarecer la verdad de los hechos e impartir justicia.

⁵⁴⁷ ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (trad. GARCÍA CANTIZANO, M. C., GÓMEZ RIVERO, C.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 121.

No obstante, el empleo de estos nuevos medios que facilitan el desarrollo del proceso deben bajo todo momento salvaguardar los derechos irrenunciables del imputado-acusado.

En el uso de la videoconferencia como mecanismo de auxilio para la práctica de diligencias de investigación, de prueba e incluso como herramienta que posibilita juicios virtuales, tal y como estamos analizando, puede comprometer determinados principios procesales y procedimentales, así como ciertos derechos fundamentales, todos ellos consagrados en nuestra Constitución.

De esta suerte, hasta el momento hemos analizado por orden de importancia la posible fricción del empleo de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real con la inmediación, la contradicción y el derecho de defensa. La conclusión a la que llegamos hasta el momento es inequívoca, con ciertas salvedades que pueden subsanarse, el empleo de la videoconferencia no vulnera tales principios y derechos constitucionales.

En suma, y adelantando una conclusión a falta de analizar el resto de principios procesales y procedimentales, que haremos a lo largo de este apartado, en los procesos en los que se hace uso de la videoconferencia, la orquestación entre la búsqueda de la verdad y los derechos individuales de los acusados ni desafina ni desentona, al respetarse todas las garantías procesales.

A) *Oralidad*

Los arts. 120.2 CE y 229 de la LOPJ, consagran el principio de oralidad en las actuaciones judiciales⁵⁴⁸, prescribiendo que estas deberán ser orales sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación⁵⁴⁹. Toda prueba judicial debe ser documentada (art. 743 LECrim), pues “sólo la prueba que esté documentada existe como tal prueba”⁵⁵⁰.

Es obvio que desde el momento en el que la videoconferencia es un sistema de comunicación de imagen y sonido en tiempo real, este principio se ve completamente observado en el acto de juicio oral, y lo mismo cabe decir de su documentación, pues el Secretario Judicial, sin ningún problema podrá escribir en el acta todo lo dicho por los participantes a distancia.

⁵⁴⁸ Recogido también en el art. 4 del TACPP.

⁵⁴⁹ El tema de la documentación de las actuaciones judiciales, es un asunto muy controvertido, pues tanto la jurisprudencia como la doctrina reclaman una imperiosa necesidad de una mejor documentación de las actuaciones orales, sobretodo como es obvio en materia penal, tal y como afirma el TC “en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente”, [F.J. 3 STC núm. 161/1990, de 19 de octubre (BDA RTC 1990\161)].

⁵⁵⁰ En relación a la documentación de la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral es de interés la STS núm. 469/1994, de 7 de marzo (BDA RJ 1994\1855).

El principio de oralidad implica que las actuaciones procedimentales sean orales y a su vez las resoluciones judiciales deben fundamentarse en el material presentado oralmente, en contraposición al principio de escritura en cuya virtud las actividades procesales han de realizarse por escrito.

El asunto principal de la oralidad relacionado con la videoconferencia recae sobre aquéllos supuestos en los que las actuaciones a realizar han de ser orales, pero son introducidas en el proceso de forma escrita. Esto sucederá en los supuestos de prueba preconstituida o anticipada.

Esta actuación compromete de forma indubitada el principio de oralidad, y es precisamente en este extremo en el que la videoconferencia interactúa en determinadas situaciones excepcionales, de forma que con su empleo se pueda mitigar la ausencia de dicho principio procedimental.

Este sería el supuesto claro en el que un testigo no puede desplazarse al órgano jurisdiccional para prestar declaración, se acude a la figura del auxilio judicial, y declarará bien en el juzgado del partido judicial de su domicilio, bien por razones de enfermedad en su propio domicilio. Normalmente esta declaración, si bien será recibida por un juez, no lo será por el juez que lleva la instrucción, o por el juzgado o tribunal enjuiciador, sino por otro distinto. Este testimonio se incluirá en el sumario o en el plenario a

través de un acta levantada por el secretario judicial, con la debida contradicción, pero sin que exista intermediación ni oralidad.

Con el empleo de la videoconferencia, esa declaración podría ser valorada en tiempo real por el instructor o por el enjuiciador, y lo más importante, se respetaría plenamente el art. 120 CE, al introducirse esa diligencia o prueba en la instrucción o en el plenario de forma oral, y no mediante un acta o la lectura de esta en el juicio oral.

Estaríamos ante un supuesto de auxilio judicial, por el que los Jueces y Tribunales se ayudarán mutuamente para practicar todas las diligencias que fueren necesarias en la sustanciación de las causas criminales (arts. 183-185 LECrim)⁵⁵¹.

En todas aquellas diligencias en las que los testigos o peritos no pueden desplazarse al órgano jurisdiccional al que se les ha citado, por enfermedad, por problemas en los medios de locomoción –imaginemos el caos aéreo que originó la nube de cenizas del volcán islandés Eyjafjalla-⁵⁵², o por otro tipo de cuestiones, se exhorta al juez o magistrado del partido judicial

⁵⁵¹ En el TACPP nada se regula sobre el auxilio judicial, haciéndose una mera remisión por el art. 116 a lo dispuesto en la LOPJ y en la LEC. Esperemos que se rectifique en el texto definitivo y se incluya una regulación del auxilio judicial en el que se contemple la posibilidad expresa de llevarlo a término a través de videoconferencia cuando se tratase de la práctica de una diligencia de carácter personal.

⁵⁵² Noticia disponible en: <http://www.farodevigo.es/galicia/2010/04/19/nube-volcanica-paraliza-trafico-aereo-espanol-lleva-caos-tres-aeropuertos-galicia/430646.html> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2011).

donde residen estas personas para que practiquen las diligencias correspondientes.

Hasta el momento esta actividad procesal se incluía en el procedimiento a través de un acta, y el instructor debía leer la declaración sumarial del testigo o perito, con el menoscabo oportuno de la oralidad.

Con la llegada de la videoconferencia esta situación ha cambiado radicalmente; y se ha suprimido la lectura de la deposición, por la declaración en vivo del testigo, perito o acusado. Un supuesto que se ha dado en más de una ocasión es el traslado del detenido al Juzgado para recibir la indagatoria, pero erróneamente, se ha conducido a éste a un Juzgado incompetente. Qué hacer cuando estaba previsto que compareciera un detenido o imputado a una determinada hora –situación que se dará sobretodo en el supuesto de coordinación a través de la agenda electrónica en caso de juicios rápidos⁵⁵³-, y éste no se puede presentar por causas

⁵⁵³ A raíz de la introducción de los procedimientos para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos –juicios rápidos- si hizo la necesidad de establece un sistema de coordinación exigido tanto por la LECrim (arts. 796.2, 800.3, 962 y Disposición Adicional Primera) como por el Acuerdo Reglamentario del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2003 (art. 47). Con ocasión del cumplimiento de las mentadas disposiciones el Ministerio de Justicia desarrolló unas “Agendas Electrónicas de Citaciones y Señalamientos”, las cuales permiten actualmente compartir simultánea y de forma inmediata información sobre la detención y puesta a disposición judicial ente la Policía Nacional, La Guardia Civil, los Juzgados de Instrucción –en funciones de guardia- y los Juzgados de lo penal. Información disponible en: <http://www.mjusticia.es> (fecha de consulta: 10 de mayo de 2010).

ajenas a su voluntad. La solución la tenemos ahora mismo todos en mente: comparecer a través de videoconferencia desde el Juzgado incompetente, para que le tome declaración el competente, y no alterar de esta forma el horario, en ocasiones milimétrico, de las comparecencias ante el Instructor.

Otro aspecto a tener en cuenta, es la introducción mediante lectura en el juicio oral de una prueba preconstituida. En el terreno de las arenas movedizas en las que zarandea la prueba preconstituida o anticipada, no está de menos recordar que las diligencias de investigación no son actos de prueba. Prueba únicamente es la actividad llevada a cabo en el juicio oral bajo los principios de inmediación y contradicción⁵⁵⁴. Por contra, las diligencias de instrucción son únicamente aquellas actuaciones encaminadas a preparar el juicio y a fijar la naturaleza y circunstancias del hecho así como las personas que hayan participado en él.

Los actos practicados en la fase sumarial pueden llegar a tener eficacia probatoria si se ratifican posteriormente en el Juicio Oral o bien se aporta en otra forma válida como pudiera ser su lectura ante la imposibilidad certera de incomparecencia del sujeto sobre el que se ha cernido su práctica, a saber, testigo, perito o víctima identificante de su ofensor.

⁵⁵⁴ F.J. 3, STS núm. 316/2000, de 3 de marzo (BDA RJ 2000\2277).

Aquellas declaraciones prestadas en la fase de instrucción de imposible o muy difícil reproducción en el juicio oral –supuestos recogidos de manera no muy definida en nuestra LECrim, en concreto, en sus arts. 448, 777.2 y 797.2-, cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, por enfermedad, o por cualquier otro motivo, pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Posteriormente, esta declaración será introducida en el juicio oral mediante lectura de su declaración o a través de soporte audiovisual al haber sido documentada en el momento de la deposición ante el Instructor por medio de soporte apto para la grabación y posterior reproducción del sonido y de la imagen⁵⁵⁵.

En el primer caso, la oralidad desaparece; desaparición que bien podría omitirse u obviarse si por razones de residencia o por enfermedad no terminal, pudiera comparecer el testigo, perito o víctima ante el órgano enjuiciador a través de videoconferencia.

Habría que perder el temor a la tecnologización de la prueba en aras a lograr un proceso con respeto a todas las garantías procesales. En el supuesto que nos ocupa, el de la prueba anticipada, mecanismo que si bien ha sido ampliamente avalado por nuestro Tribunal Constitucional, no siempre es respetable con

⁵⁵⁵ Regulación que no sufre ninguna variación en el TACPP, cfr. en este sentido sus arts. 385, 433 y 465.

los principios y garantías procesales, muy especialmente, cuando se introduce en el plenario a través de la lectura de las declaraciones. En este orden de cosas, con la lectura de lo dicho por el testigo, se está violentando la oralidad así como otra garantía a favor del acusado en el proceso penal: sólo puede emitir sentencia el juez que haya apreciado las pruebas practicadas ante él; en este contexto habrá ausencia de valoración de quién ha de formar su convicción para emitir el fallo condenatorio o absolutorio.

Si se perdiera ese temor a lo nuevo, a lo tecnológico, a la innovación, y se dotara a todos los juzgados y tribunales españoles de la tecnología de videoconferencia, en los supuestos de difícil reproducción en el juicio oral, que no impliquen la posibilidad de que un testigo pudiera fallecer antes del plenario por padecer una enfermedad terminal –pues en este caso sí habría que anticipar la prueba-, sencillamente se prestaría declaración en la fase de juicio oral, el día y la hora que le correspondiera, pero en lugar de hacerlo físicamente en la Sala de Vistas, lo hará desde su domicilio –en caso de enfermedad, será fácilmente factible realizarse a través de un portátil dotado con *web-cam* y con un *modem USB* que permitirá el acceso a internet- o desde el Juzgado de su partido judicial –por razones de residencia-.

En cierto modo, al asegurar la oralidad y la práctica de prueba en el juicio oral de declaraciones, que de otro modo serían diligencias sumariales elevadas a prueba, se estaría cumpliendo con

el espíritu garantista y reformador con el que nació la LECrim, en cuya exposición de motivos –la cual podría perfectamente tener validez en la actualidad, tal vez por el anclaje de la justicia en la época de las cavernas-, se apostaba por eliminar el hábito de Jueces y Magistrados de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos, convertida en vana formalidad.

En nuestra opinión, el planteamiento que estamos realizando, no es una solución potestativa, sino que estimamos muy conveniente que el legislador modifique los preceptos reguladores de la prueba anticipada, con el fin de obligar a los operadores judiciales a practicar siempre prueba respetando los principios de oralidad e intermediación cuando se utilice la videoconferencia en aquéllos supuestos en los que los declarantes tuvieran visos de no poder comparecer al llamamiento judicial que se efectuará en la fase de juicio oral.

La base de esta propuesta de *lege ferenda* la fundamentamos en el hecho de que el empleo de la videoconferencia sorteaba la introducción en el juicio oral de una declaración a través de la lectura de un acta, erigiéndose como un instrumento para acabar de forma definitiva con procedimientos secretos e inquisitivos. De esta forma ostentaría una función de carácter preventivo para evitar maniobras elusivas, habida cuenta que a través de atajos

transversales los Juzgados y Tribunales sentencian con base en lo leído y no en lo percibido por los sentidos auditivos y oculares.

En definitiva, es preferible esta forma de documentación a la escrita, desde el momento en el que se respetan íntegramente tres principios procesales y procedimentales: la oralidad, la inmediación –al advertirse de mejor manera los gestos, dudas, nervios, titubeos o silencios en la declaración del deponente- y la contradicción –al poder apreciarse con absoluta fidelidad como se llevó a término la declaración-.

En realidad, no sería una práctica nueva por parte del legislador, normar para aislar aún más si cabe los procedimientos inquisitivos, dado que con la aprobación de la LECiv del año 2000 decidió instaurar la oralidad como principio esencial del procedimiento civil, apartando la escritura, y regular de forma expresa el principio de inmediación procesal, con la mirada puesta en eliminar los abusos perpetrados por jueces y magistrados en la medida que delegaban la práctica de prueba en un funcionario del juzgado diferente del juez.

Resulta significativo que en el proceso civil sí se hayan adoptado medidas para lograr un proceso transparente y respetuoso al máximo con las garantías procesales de las partes. Si tenemos en cuenta que en un procedimiento civil se tutelan intereses netamente particulares y privados, mientras que en un proceso penal en el que se tutelan intereses colectivos, públicos, que afectan a la sociedad

en general, y a derechos fundamentales, como es la libertad del individuo, en particular, resulta escandaloso que no se haya resuelto ninguna norma que haga del proceso penal español un proceso más claro y transparente.

En el sector civil, disfrutamos de una norma de procedimiento nueva y acorde con la realidad social española; por el contrario, en el proceso penal, tenemos un norma de enjuiciamiento arcaica, del siglo XIX, parcheada desde su aprobación, y que por tanto el ámbito procesal español requiere con extrema urgencia un nuevo código de procedimiento criminal, continuista con la línea abierta tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000: acorde con las nuevas realidades sociales, introducción de las nuevas tecnologías de manera expresa y con una regulación taxativa, expresa y desarrolladora de los principios y garantías recogidos en nuestra Constitución y de aquéllos que ha introducido nuestro Tribunal Constitucional a través de su doctrina en la interpretación que ha llevado a cabo de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, lamentablemente con el TACPP no se vislumbra el nuevo germen que haga nacer una norma real y acorde con los nuevos tiempos, pues de mantenerse su contenido, éste se limita a reproducir casi en su integridad en relación con las cuestiones que estamos tratando en este estudio, la regulación llevada a término en la actual LECrim.

Realizado este paréntesis, hemos de concluir que como regla general la práctica de prueba de difícil reproducción en el juicio oral se ha de realizar siempre a través de videoconferencia y no anticipando la misma en el procedimiento preliminar, pero hemos de puntualizar una excepción. En cualquier ámbito científico, en el que se incluye la ciencia jurídica, siempre hay una excepción que confirma la regla. En nuestro caso dicha salvedad vendría referida, cómo ya hemos adelantado más arriba, a los supuestos de personas que padezcan enfermedades muy graves con riesgo de muerte, de forma que tal trance pueda hacer peligrar su comparecencia en el plenario, bien físicamente, bien virtualmente, por haber fenecido antes de la celebración de juicio oral.

Este sería el único supuesto en el que sí se debería practicar prueba anticipada. En cualquier caso, estimamos que en aras a garantizar al menos la oralidad, su testimonio debería ser grabado obligatoriamente en soporte apto para la imagen y sonido, con el fin de que el mismo pudiera ser reproducido ante el órgano sentenciador, y de esta forma, se respetaría la oralidad y la valoración de la prueba del juez o magistrado enjuiciador.

Esta última aseveración no anda muy descarriada por cuanto está prevista en nuestra LECrim en los arts. 777.2 y 797.2: *“Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su*

suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes". Posteriormente se podrá instar por la parte que interese la reproducción de la grabación a los efectos de su valoración en los términos establecidos en el art. 730 LECrim⁵⁵⁶.

El problema principal que existía hasta hace poco tiempo era que la LECrim no contemplaba un precepto de similares características al art. 187 LECiv, ya que únicamente contaba con disposiciones puntuales que permitían la sustitución del acta por medios de reproducción mecánica o de grabación, pero sin establecer una predilección frente al acta tradicional⁵⁵⁷. Recientemente se han introducido reformas en este sentido. La primera de ellas relativa a la prueba anticipada, como acabamos de exponer, y la más actual del año 2009 –que ya hemos referenciado en el apartado dedicado a la inmediación- en virtud de la cual se exige la grabación de las sesiones del juicio oral (art. 743 LECrim). No obstante, pese a ser positiva la posibilidad de las

⁵⁵⁶ Contenido mantenido en el TACPP en su art. 121.

⁵⁵⁷ DELGADO MARTÍN, J., "Publicidad y secreto de las actuaciones. Grabación de las diligencias", en AA. VV., *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial* (dir. PORRES ORTIZ DE URBINA, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 110.

grabaciones de las diligencias instructoras, entendemos que el espíritu de modernización que impregnaba al legislador para acometer la reforma realizada recientemente debía haber modificado los arts. 777.2 y 797.2 LECrim, y no dejar en manos del instructor la elección entre grabación o extensión de acta; sino que hubiese sido más deseable la obligación de grabar, y en el supuesto de que no pudiera realizarse el registro, entonces subsidiariamente levantar acta por el Secretario Judicial.

Por ello, nos parece decepcionante que elaborándose un Anteproyecto de Código de Proceso Penal, no se aborde el problema aquí planteado para darle una solución acorde a los nuevos tiempos, sino que se limite a reproducir el problema actual.

La introducción de la posibilidad de grabar determinadas actuaciones durante la instrucción obedeció a razones pragmáticas encaminadas a optimizar la investigación judicial respetando de una forma más visible los principios procedimentales y la personalidad de una víctima calificada como especialmente vulnerable. La grabación en soporte audiovisual viene justificada sobre todo para: asegurar la práctica de una prueba que no pueda celebrarse en juicio oral; proteger al declarante-víctima de las consecuencias negativas de volver a realizar la deposición en el juicio oral –mitigar la victimación secundaria-; o mejorar la documentación de determinados actos de instrucción como pudiera

ser la inspección ocular o la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado.

Muchas fueron las posibilidades barajadas por parte de la doctrina antes del cambio legislativo efectuado por la Ley 38/2002, de 24 de octubre por la que se introdujo en la LECrim el Procedimiento de Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de Determinados Delitos y Faltas⁵⁵⁸, a la hora de documentar los actos procesales realizados en el sumario: la taquigrafía, el magnetófono, las filmaciones, los vídeos, las fotografías o la informática⁵⁵⁹. Finalmente y con mucho acierto el legislador se declinó por la grabación a través de medios audiovisuales, pese a la reticencia de algún sector doctrinal⁵⁶⁰. Ante la opción de introducir mecanismos

⁵⁵⁸ BOE núm. 258, de 28 de octubre 2002.

⁵⁵⁹ Con minucioso detalle SEOANE CHACARRÓN nos expone todas las formas de documentación que podían ser susceptibles de regulación en la LECrim. SEOANE CHACARRÓN, J., “Problemática que plantea la utilización de medios técnicos de documentación en el juicio oral del procedimiento penal abreviado”, en AA. VV., *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 904-909.

⁵⁶⁰ Por ejemplo, PEDRAZ PENALVA rechazaba la posibilidad de desarrollar el art. 230 LOPJ el cual disponía en esos momentos: “Podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad. La ley regulará los requisitos y forma de su utilización”- en lo referente al proceso penal a través de medios audiovisuales, al considerar que era más fiable lo recogido en audio que en vídeo. En su opinión “la forma de tomar la imagen desvirtúa la realidad, en cuanto a la subjetividad que connota. A ello ha de añadirse el montaje idóneo para depurar, filtrar o cambiar el significado de escenas, susceptibles además de grandes discontinuidades y de enormes elipsis –el derecho al *last cut* o montaje final por parte del productor asegura el control final ideológico y comercial del filme-. PEDRAZ PENALVA, E., “La nueva Secretaría Judicial”, en *Poder Judicial*, núm. 26, 1992, p. 102.

que solamente recogieran el sonido y no la imagen, se estaría respetando la oralidad, pero no así la inmediación ni el control de la contradicción. Una inmediación, que a fin de cuentas sería pretérita, no coetánea, pero que se podría erigir como el mal menor al permitir al menos una mejor apreciación de la comunicación no verbal del declarante. Sin embargo por esta razón, sólo debemos limitar la grabación a situaciones excepcionales como las que hemos señalado anteriormente; y en relación estrictamente con el principio que estamos tratando en este apartado, la grabación permitirá en los supuestos de prueba anticipada asegurar la práctica de una prueba que no pudiera celebrarse en el juicio por riesgo de muerte.

En conclusión, la prueba anticipada no ha de practicarse en todo momento, y limitarse únicamente al caso de personas que por riesgo de muerte, no puedan acudir al acto de juicio oral en los términos dichos hasta el momento; o bien, respecto de aquellas personas que, como en el tercer capítulo tendremos ocasión de desarrollar, por miedo o presiones, exista el riesgo de no acudir al plenario, y en consecuencia no tener prueba suficiente para condenar al acusado. En el resto de casos, las pruebas de carácter personal habrán de realizarse a través de videoconferencia el día que esté prevista la práctica de esta actividad probatoria en el juicio oral.

En los dos primeros supuestos, la ley debería tomar partido y obligar a la grabación, desenterrando del proceso el acta tradicional introducida en el plenario con su mera lectura convirtiéndose en prueba. Todo ello viene necesitado porque urge un proceso penal que permita la documentación de la actividad procesal de manera oral y con respeto dentro de lo posible a la inmediación en todo momento, habida cuenta que un derecho procesal que no se moderniza, que se queda anclado en el pasado, que no sabe compaginar adecuadamente justicia con garantías del acusado y con el respeto a las víctimas, es un derecho procesal fenecido para los ciudadanos, los cuales mirarán siempre con recelo a la justicia de nuestro país, la cual, dicho sea de paso, se halla últimamente en la sección de cuidados intensivos, ante el desprestigio que tiene entre la ciudadanía.

Con todo no debemos finalizar este apartado sin antes advertir una eventualidad que puede surgir: el interrogatorio de un testigo a través de videoconferencia ante la imposibilidad manifiesta de acudir ante el instructor y la grabación de ese testimonio para preconstituir la declaración como prueba.

En este caso van a surgir las mismas cuestiones que anteriormente hemos analizado en cuanto a la grabación de la declaración prestada a través de videoconferencia en aras a cubrir la inmediación que falta en la segunda instancia. Lo dicho en aquél apartado es perfectamente aplicable a este supuesto; solamente

habría que precisar que para evitar posibles manipulaciones de las imágenes y crear esos efectos visuales que pueden hacer más o menos creíble la declaración de una persona, la grabación se deberá realizar tanto desde el lugar en el que el testigo está realizando la declaración, como desde la Sala en la que se encuentra el instructor y el resto de partes personadas, ya que de otra manera no se podría comprobar que la contradicción se ve efectivamente cumplimentada.

De lo visto hasta el momento, podemos observar, cómo todos los principios del proceso penal se encuentran intercomunicados. Sin oralidad no existirá inmediación, sin contradicción no hay derecho defensa y sin oralidad tampoco existirá publicidad.

B) Publicidad

El proceso se concibe “bien como el instrumento por medio del que el poder judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, bien como el instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial efectiva a que se refiere la Constitución”⁵⁶¹. De este concepto de proceso se colige que en el proceso confluyen determinados derechos y garantías de

⁵⁶¹ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 23.

naturaleza constitucional, pero que a su vez poseen una verdadera naturaleza jurisdiccional.

Tal y como hemos advertido, determinados derechos constitucionales, como pudiera ser el derecho de defensa, poseen una clara naturaleza procesal. De hecho derechos como el derecho a la intimidad, matizados en el art 18 CE, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, el derecho al conocimiento de la acusación (art. 17 CE) o el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE), todos ellos merecen una especial protección tanto desde un punto de vista procesal como desde el paradigma constitucional.

Esta regulación de principios procesales como derechos constitucionales no es una cuestión aislada, sino generalizada en todas las Constituciones, cuyo origen se remonta al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Tras esta guerra execrable varias naciones de Europa, y especialmente, Alemania, Italia y Austria, retomaron los principios de garantía constitucional como mecanismo corrector tanto de la organización política como de las inhumanas creencias ideológicas propias de regímenes fascistas –instaurados como bien sabemos, en algunos países de Europa-. Como primer paso para reinstaurar los mentados principios, se decidió adoptar constituciones *rígidas* en las que se dotó de *status* constitucional a algunos ideales propios de la administración de

justicia, tales como la independencia judicial, el derecho de defensa y principio de contradicción⁵⁶².

Esta constitucionalización de los principios y garantías propios del proceso constituye una prueba inequívoca de que la política y la técnica se han entremezclado. No puede ser de otra forma, pues “si la constitución es el compendio de las opciones políticas básicas de una sociedad, en los últimos tiempos se han ido elevando a ese rango algunos principios del proceso, e incluso del procedimiento, con el intento de reforzar la garantía que para el ciudadano representa el proceso”⁵⁶³.

El proceso como instrumento de la función jurisdiccional no puede ser nunca un mecanismo lógico-natural, debido al carácter técnico-político que poseen sus principios, incluido el principio de publicidad. Como destacó GOLDSCHMIDT, “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general”⁵⁶⁴.

En definitiva, los principios del proceso poseen un carácter mixto técnico-político, siendo su arquetipo, sin lugar a dudas, el principio de publicidad. Basta sólo con echar un vistazo a las Constituciones Europeas y a instrumentos internacionales como la

⁵⁶² CAPPELLETTI, M., *Giustizia e società*, ed. Edizioni di Comunità, Milano, 1977, p. 67.

⁵⁶³ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 329.

⁵⁶⁴ GOLDSMICHDT, J., *Principios generales del Proceso II...*, cit., pp. 109-110

Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para constatar que estamos ante el principio procesal más político de cuántos existen; pues con su instauración se pretendía terminar con el secreto, y controlar la actividad judicial en aras a erradicar el sistema procesal inquisitivo, tal y como nos sugería el excelente orador y Presidente de la Asamblea Nacional Mirabeau: “Dadme el juez que queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo, si queréis; no me importa siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público”.

La publicidad, en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra recogida en los arts. 120.3 y 24.2 CE. Se reconoce el derecho de las partes a un proceso público (art. 24.2 CE), que de incumplirse podría recurrirse en amparo ante el Tribunal Constitucional (arts. 53.2 CE y 41y ss. LOTC); teniendo presente que las actuaciones judiciales serán públicas, salvo que las leyes dispongan lo contrario (art. 120.1 CE).

La importancia de la publicidad en el orden procesal penal, se centra en la fase de juicio oral. Este principio político produce indiscutibles ventajas en el procedimiento: se instituye como la más eficaz salvaguardia del testimonio, al advertirse por terceras personas ajenas al contradictorio si un deponente está mintiendo; se fiscaliza que no se produzca el soterramiento de nuevas pruebas que pudieran aparecer, pues si no hubiera publicidad estas podrían haber quedado sepultadas para siempre; en definitiva, gracias a la

asistencia de terceros a la Sala de Vistas y visionar el juicio se establece un control social y fiscalizador sobre la probidad y buen ejercicio de la función judicial. De esta forma la publicidad se erige como el “alma de la Justicia”⁵⁶⁵.

Hemos caracterizado a la publicidad como el paradigma de los principios técnicos-políticos, pero hemos de precisar, tal y como advierte GONZÁLEZ GARCÍA, que la publicidad presenta tres niveles en las actuaciones procesales: la publicidad dirigida a las partes; la obligación de celebrar las actuaciones del proceso en audiencia pública; y por último, el derecho que poseen los medios de comunicación a difundir públicamente noticias⁵⁶⁶.

Dentro del proceso penal, en un sentido puramente jurisdiccional, debemos centrarnos en el segundo nivel, a saber, la publicidad *stricto sensu*, ya que es únicamente la que existe en un proceso penal, y más concretamente en el acto de juicio oral. Todas las actividades practicadas en el plenario han de ser necesariamente públicas, pero matizando que esta publicidad no se proyecta a las partes procesales, sino a terceros ajenos al debate procedimental, pues para aquéllas existe una figura que garantiza el correcto

⁵⁶⁵ BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2002, pp. 75-78.

⁵⁶⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal”, en *Revista Poder Judicial*, núm. 80, 2005, pp. 65-105.

desarrollo del juicio y la no discriminación entre ellas: el principio de contradicción.

De esta guisa, el art. 649.II LECrim prevé: “*Dictada que sea esta resolución (el auto de apertura del juicio oral), serán públicos todos los actos del proceso*”⁵⁶⁷, y el art. 680 LECrim establece que los debates del juicio oral deben ser públicos, bajo pena de nulidad⁵⁶⁸.

El Tribunal Constitucional nos aclara cuál es la finalidad de la publicidad: “*por una lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho*”⁵⁶⁹. Se trata de trasladar a la sociedad la sensación de confianza y seguridad en el funcionamiento de la Justicia, con ello se pretende eliminar una justicia secreta que escape al control público, por ello el desarrollo del debate procedimental en audiencia pública es clave para garantizar una verdadera contradicción e intermediación probatoria,

⁵⁶⁷ El paréntesis es nuestro.

⁵⁶⁸ El art. 4 del TACPP dice expresamente que el proceso penal se regirá por el principio de publicidad, sin dotar de contenido a dicho principio.

⁵⁶⁹ F.J. 2 STC núm. 96, de 10 de junio de 1987 (BDA RTC 1987\96).

pues toda actividad probatoria tiene una triple exigencia constitucional: publicidad, contradicción e inmediación⁵⁷⁰.

En lo que a la videoconferencia se refiere, tan importante principio en un juicio penal puede verse vulnerado por la utilización de ésta si no se adoptan las medidas adecuadas para ello. Para que esto no suceda, la retransmisión de la declaración debe ser visualizada por el público que se encuentra en la Sala. Así, pantalla deberá ubicarse en un punto del recinto de manera que puedan apreciarse las imágenes tanto por el público asistente como por las partes procesales. Pero no sólo ha de tener una ubicación idónea el monitor, sino que hemos de asegurarnos que sus dimensiones sean adecuadas para que la imagen pueda ser vista desde cualquier rincón alejado de la Sala; queda claro que no es lo mismo un monitor de 19 pulgadas que uno de 32. El tamaño de la pantalla tendrá que ser acorde con la dimensión del recinto en el que se celebra el juicio. Es la misma situación que el bar que decide retransmitir partidos de fútbol que se emiten por cadenas digitales bajo el canon de pago por visión (PPV); si el local es grande, y pretende captar el máximo de clientela, resulta obvio que el último de la fila también debe visionar el partido de fútbol, y para ello deberá adquirir una pantalla de televisión, seguramente de 42 pulgadas. Esta misma situación es extrapolable al ámbito judicial,

⁵⁷⁰ Vid. F.J. 2 STC núm. 96, de 10 de junio de 1987 (BDA RTC 1987\96) y F.J. 3 STC núm. 219, de 25 de noviembre de 2002 (BDA RTC 2002\219).

pero con un mayor alcance lógicamente, al estar en juego intereses constitucionales, por lo que en este caso el último de la fila, deberá apreciar correctamente la figura del deponente.

En sintonía con el mismo tema, debemos recordar que el juez debe emitir un fallo con base en lo visto y en lo oído, como mecanismo de control social, lo que ve y oye, también debe ser susceptible de apreciarse por el público que decida acudir a la celebración del plenario. Lo que pretendemos exponer es la necesidad de que lo dicho por el deponente debe ser oído en toda la Sala. Por esta cuestión, se deberán ubicar altavoces, de forma que todos los asistentes, tanto partes procesales, operadores jurídicos, público en general y medios de comunicación, puedan cabalmente entender lo que se está declarando. Esta situación, no puede verse limitada ni interponerse ninguna traba alegando que no existen medios técnicos adecuados para este fin. En la actualidad existen sistemas técnicos, no muy costosos, que permiten aumentar la calidad de vídeo y audio de un recinto, como si de una mini-sala de cine en el hogar, este sería el caso del muy conocido *home cine*.

Estamos hablando en todo momento del control que ha de ejercer la ciudadanía sobre el desarrollo del juicio oral, y nos hemos centrado en los aspectos técnicos que han de instalarse en la Sala de Vistas en el supuesto de que un interviniente lo haga a través de videoconferencia. No obstante, debemos tener en cuenta, que la declaración del testigo, perito o acusado, no va a tener lugar

en la Sala de juicio oral, sino en otra ubicación diferente. Si lo que se pretende es dotar de transparencia al proceso penal a través de la publicidad, para un mejor cumplimiento de ésta, debería acondicionarse el lugar en el que se va efectuar el medio probatorio para que pudiera asistir cualquier ciudadano a este recinto.

Sin embargo, habría que matizar que esta situación no sería aplicable en todos los casos. Debemos tener en cuenta los motivos por lo que se adoptó la declaración a través de videoconferencia, pues si se permitiera entrar público junto al deponente, podría dejar sin efecto la propia medida. Es decir, habría que facilitar la entrada de personas en el local en el que se esté llevando a cabo una deposición por videoconferencia de personas que vivan alejadas de la sede del órgano jurisdiccional en el que se está desarrollando la Vista, por medio de la asistencia judicial interna o internacional -a idéntica conclusión llegamos respecto de las declaraciones de los peritos-.

Sin embargo, el acceso al público quedaría absolutamente vetado, en los supuestos de declaración por medios audiovisuales de víctimas especialmente vulnerables, de testigos o peritos protegidos y de presos. De lo contrario la adopción de la declaración por videoconferencia perdería todo su sentido. En el primer supuesto, porque las víctimas podrían sentir cierto incómodo y sufrir presiones que ahondaran aún más si cabe en su victimación. En los dos últimos, porque de adoptarse esta

modalidad de participación, obedecería obviamente a razones de seguridad, y si lo que se pretende es salvaguardar la vida de una persona o evitar a toda costa su fuga, obviamente se han de extremar al máximo todas las medidas de seguridad, entre las que se incluiría su aislamiento para evitar atentados contra su persona o maniobras delictivas para lograr la fuga del recluso.

En este orden de cosas, parece evidente y claro que, adoptando una serie de precauciones y de mecanismos, la publicidad bajo ningún momento se vería peligrada por el empleo de la videoconferencia en un juicio penal.

A pesar de ello, como suele suceder muy habitualmente, las respuestas modernas y tecnológicas que da la sociedad a los problemas cotidianos, no se ven acompañadas por un dictamen favorecedor o en contra de los tribunales. No encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, un aserto que sea determinante y conciso sobre la conciliación constitucional entre el empleo de la videoconferencia y el principio de publicidad, hasta el momento no se ha pronunciado de modo claro respecto a la compatibilidad o no entre tecnología y principio constitucional.

En principio, si tomamos, como propone ORTIZ PRADILLO, los argumentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 64, de 28 de febrero de 1994 –relativa a la validez de los testimonios ocultos-, podemos apreciar como el Tribunal Constitucional dedujo que “*la publicidad del proceso, no puede*

*entenderse vulnerada en este caso porque, al margen de aquella anómala forma de declaración, el juicio se celebró en la sede del Tribunal y se documentó en la correspondiente Acta, sin que consten restricciones de acceso a su celebración o de obtener o difundir información acerca del mismo”*⁵⁷¹; por tanto, como concluye el mencionado autor, se puede afirmar exactamente lo mismo con relación al uso de la videoconferencia, dado que se va a realizar en las condiciones de publicidad mediata o inmediata, absoluta o relativa, que pudiera darse en el desarrollo de cualquier otro acto procesal que se llevara a cabo de la forma tradicional⁵⁷².

Esta conclusión nos parece acertada y cuánto menos muy bien deducida por parte de ORTIZ PRADILLOS, conclusión que nosotros rubricamos enteramente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, no parece compartir esta opinión en una sentencia posterior a esta manifestación doctrinal, y decimos “parece”, porque del texto de su sentencia no se puede extraer muy en claro ninguna conclusión.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120, de 21 de mayo de 2009, se hace una equiparación entre videoconferencia y grabación en soporte audiovisual, con la finalidad puesta en ultimar si la ingente introducción de las técnicas de transmisión y

⁵⁷¹ F.J. 3 STC núm. 64, de 28 de febrero de 1994 (BDA RTC 1994\64).

⁵⁷² ORTIZ PRADILLO, J.C., “El uso de la videoconferencia en el proceso penal español”, en *Revista Brasileira de ciências criminais*, núm. 67, 2007, p. 183.

reproducción de la imagen y del sonido debe hacer modular o no el concepto tradicional de intermediación. Después de enumerar la jurisprudencia del TEDH así como las regulaciones en derecho comparado de estos mecanismos de reproducción de imagen y sonido, el Tribunal Constitucional concluye que el Juez al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a los declarantes se vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE⁵⁷³.

Del Tribunal Supremo tampoco se extrae con total claridad si con el empleo de la videoconferencia se ve cumplida o no la publicidad. En la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Alicante, de 2 de diciembre de 2002 –caso Motín de Fontacalent- se alegó por parte de la defensa la vulneración del principio de publicidad, por cuanto en el centro penitenciario en el que declararon los acusados a través de medios electrónicos de imagen y sonido no existió la posibilidad de asistencia de público en general. La argumentación de la defensa se desestimó al considerar el Alto Tribunal que el juicio se celebró en el centro penitenciario en una sala en la que se percibía de forma directa todo el desarrollo del juicio, por ello se encontraba cumplimentada la posibilidad de audiencia pública.

⁵⁷³ F.J. 8, STC núm. 120, de 21 de mayo de 2009 (BDA RTC 2009\120).

Al hilo de la existencia de “posibilidad de audiencia pública” en un juicio, debemos recordar que es un derecho fundamental, y como tal, está sometido al principio de proporcionalidad. Por tanto, si este se puede ver comprometido por determinadas decisiones, estas han de estar motivadas (art. 232.2 LOPJ) y adoptadas bajo un bien o interés constitucionalmente relevante que legitime su restricción⁵⁷⁴. Y en esta línea, en el de la debida proporcionalidad, es en la que se basa precisamente el Tribunal Supremo para entender que no se puede afirmar “la integridad del respeto a las garantías procesales habituales, la decisión acerca de la celebración de un Juicio con la 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”⁵⁷⁵.

De esta forma, el principio de audiencia pública con el empleo de la videoconferencia no se vulnera si existe la posibilidad de percibirse todo lo que acontece de forma directa en la Sala, pero sí el de proporcionalidad, al no tener todos los acusados el mismo grado de disfrute del principio de publicidad, es decir, no se observa el mismo grado de publicidad en la Sala de Vistas que en

⁵⁷⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 143.

⁵⁷⁵ F.J. 3 STS núm. 678/2005, de 16 de mayo (BDA RJ 2005\6586).

la Sala del centro penitenciario destinada para la intervención del acusado por videoconferencia.

A nuestro parecer, esta doctrina resulta bastante errática. No creemos bajo ningún concepto que el empleo de la videoconferencia menoscabe el principio de publicidad y mucho menos que con su empleo exista una desproporcionalidad entre el sacrificio del derecho a un juicio justo y los supuestos motivos que atesoran la adopción de tal medida.

El principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho procesal, como muy brillantemente definió el Tribunal Federal de Suiza, presenta dos connotaciones: la exigencia de que toda medida ha de permitir, o erigirse como idónea para, lograr el fin propuesto, de forma que se sustancie como la alternativa menos gravosa que en una situación difícil se ha de adoptar; de otra parte ha de existir una relación razonable entre el resultado perseguido y los imprescindibles topes a la opción de medios para la consecución del objetivo⁵⁷⁶.

Trasladando este razonamiento a la adopción del empleo de la videoconferencia como mecanismo de auxilio para la declaración de los participantes en el proceso penal apreciamos como esta

⁵⁷⁶ ATF 102 Ia 516 (BGE 102 Ia 516 S. 522) y 97 I 499 (BGE 97 I 499 S. 508) disponibles en: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm> (fecha de consulta: 14 de junio de 2010). Sobre la delimitación conceptual del principio de proporcionalidad resulta aconsejable consultar a KNAPP, B., *Précis de droit administratif*, ed. Helbing-Lichtenhahn Verlag, Basel, 1982, pp. 74-76.

medida es proporcional, no sólo en relación con el principio de publicidad, sino con el resto de principios procesales y procedimentales. Ante situaciones complicadas en las que puede peligrar la participación de un sujeto procesal –parte, acusado, testigo, víctima o perito- el empleo de medios audiovisuales evita incomparencias y suspensiones de la Vista y si bien ciertos principios y derechos se pueden ver en cierto modo algo limitados, más limitado se quedaría el propio procedimiento y los derechos de todas las partes si no se practicara adecuadamente en tiempo y forma los actos de prueba, o simplemente esos no llegasen a realizarse.

En todo caso, el uso de mecanismos electrónicos audiovisuales bidireccionales en el proceso penal además de ser respetuoso con la publicidad *ad intra*, se puede mostrar como un elemento favorecedor para la publicidad *ad extra*, y en términos absolutos como un instrumento que beneficia el control fiscalizador que posee la ciudadanía sobre la justicia desde dos bandos: el personal y directo, mediante la posibilidad de asistencia directa a la audiencia; y el indirecto a través de los medios de comunicación audiovisuales.

En relación con la publicidad indirecta, esto es, la distribuida a través de los medios de comunicación, estimamos, en contra de algún sector doctrinal e intelectual receptivo a la captación de todo tipo de noticias, incluidas las del ámbito judicial por parte de los

servicios de información, que el acceso de las cámaras a los juicios se tenga que restringir acerbamente. No creemos que el mostrarnos a favor de una mejor consideración de los medios en un contexto judicial nos conlleve idolatrar de forma irreflexiva a la libertad de información –libertad que no debemos olvidar viene reconocida constitucionalmente en los arts. 24.1 y 20.1,d) CE-⁵⁷⁷.

Con el derecho a dar públicamente una información veraz por cualquier medio de difusión, se adquiere otra dimensión de la publicidad en el proceso penal⁵⁷⁸, esto es, como reconoce el propio Tribunal Constitucional “no cabe negar interés noticioso a hechos o sucesos de relevancia penal” ya que “la relevancia pública viene explicada, en el caso, además de por el hecho en sí, por la naturaleza pública de la fuente o de parte de los protagonistas de la noticia”⁵⁷⁹.

No se puede negar la vinculación tan estrecha que existe entre la actividad judicial y la periodística, pues ambas en sus respectivas andaduras profesionales se vienen a encontrar en un cruce común a

⁵⁷⁷ En contra se sitúa PEDRAZ PENALVA, para el que los medios audiovisuales ofenden a la verdad dada su habilidad para manipular la realidad. PEDRAZ PENALVA, E., “Notas sobre publicidad y proceso”, en *Poder Judicial*, núm. 11, 1990, p. 285. De similar opinión son DEL MORAL GARCÍA, A., SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1996, p. 161 y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, en *Problemas actuales de la Justicia Penal* (dir. PICÓ I JUNOY, J.), ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 68-69.

⁵⁷⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “Entre el derecho de defensa y el derecho a la información...”, cit., p. 87.

⁵⁷⁹ F.J. 4 STC núm. 178, de 31 de mayo de 1993 (BDA RTC 1993\178).

sus respectivos caminos: la relevancia social de los hechos criminales.

Las labores de jueces y periodistas se encuentran interconectadas, cumpliendo una función social proyectada hacia el ciudadano. Ello obedece a que en primer lugar, con el desempeño de sus funciones se resuelve la realización pacífica del Derecho penal y elimina del proceso todas aquellas situaciones reprobables desde la óptica de la moral; y en segundo lugar, porque a través de la información, se propicia una prevención general del delito al ser el ciudadano, por un lado, más consciente de los estigmas que padecen las víctimas como consecuencia del resultado del fenómeno criminal, y por otro, más prudentes a la hora de delinquir, al tomar conciencia del castigo que les espera por llevar a cabo actividades delictivas.

Pero sin lugar a dudas, el punto de encuentro estrella entre la labor de los informadores y los juzgadores es el fortalecimiento del control social que ejerce la ciudadanía sobre los actos procesales a través de la publicidad, a saber, la vigilancia y observación de terceros ajenos al proceso sobre la actividad de los jueces. Ese control social a través de los medios de comunicación se ha visto revalorizado desde el preciso momento en el que en los últimos años la información sobre asuntos judiciales se ha incrementado espectacularmente.

Hoy en día ante los Juzgados y Tribunales, sobre todo por los tipos de juicios que se desarrollan en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo, resulta muy frecuente la presencia de numerosos reporteros, cámaras y periodistas en general, en las sedes judiciales. Este fenómeno es a todas luces normal, pues este anhelo de presentar la mejor información en el ámbito judicial se corresponde con la avidez de los ciudadanos por tener noticias del desarrollo de los procesos jurisdiccionales.

Esta voracidad informativa judicial, junto con el desarrollo de las nuevas tecnologías tiene una consecuencia lógica: el principio procedimental de publicidad debe ser objeto de reformulación. Sin embargo, esta evolución, la cual es lógica con los nuevos tiempos y con los avances técnicos experimentados, no se ha cristalizado lamentablemente en ninguna norma jurídica.⁵⁸⁰

La regulación sobre el acceso de los medios de comunicación a las audiencias es paupérrima y escasa; sólo encontramos una disposición indeterminada y en un sentido excesivamente *lato* sobre el acceso de los medios de comunicación. Estamos hablando del art. 6 del Reglamento de Aspectos Accesorios de Actuaciones

⁵⁸⁰ Como muy bien señala VIEIRA MORANTE, hoy en día no es suficiente garantizar el libre acceso de las personas a las Salas de Vista para presenciar los juicios orales, para que el principio de publicidad se vea materializado. Hay que tener en cuenta que la prensa –en todas sus manifestaciones: escrita, radiofónica y televisiva- reclaman un mayor acceso a los tribunales de justicia. VIEIRA MORANTE, F.J., “Los medios audiovisuales y la justicia”, en *Revista del poder judicial*, núm. 80, 2005, p. 236.

Judiciales, adoptado por Acuerdo de 15 septiembre 2005 por el Consejo General del Poder Judicial⁵⁸¹: “Se permitirá, con carácter general, el acceso de los medios de comunicación acreditados a los actos procesales celebrados en audiencia pública, excepto en los supuestos en que pueda verse afectados valores y derechos constitucionales, en los que el Juez o Presidente del Tribunal podrá denegar dicho acceso mediante resolución motivada”.

Ante este vacío normativo, han sido los propios Tribunales quienes han tenido que hacer frente a los problemas que se plantean en relación con el acceso de los medios de comunicación a los Juzgados⁵⁸².

Nos encontramos, como viene siendo habitual en relación con la impartición de justicia y el desarrollo del proceso, con situaciones que pueden plantear una serie de cuestiones que se hallan sin resolver tanto legal como jurisprudencialmente. Una de estas cuestiones vendrá referida al acceso de los medios de

⁵⁸¹ BOE núm. 231, de 27 de septiembre de 2005.

⁵⁸² Dentro de los pronunciamientos judiciales destacan las sentencias, promulgadas de manera consecutiva, del Tribunal Constitucional núm. 56, de 19 de abril de 2004 (BDA RTC 2004\56 y núm. 57, de 19 de abril de 2004 (BDA RTC 2004\57). El Tribunal Constitucional entiende que en relación con las audiencias públicas judiciales, forma parte del contenido del derecho fundamental a un juicio público, permitir y no impedir a los profesionales de la información el acceso a las actividades judiciales públicas utilizando los medios técnicos de captación óptica y difusión visual. Sin embargo, no es un derecho absoluto, al permitirse la opción legal a los órganos judiciales de realizar un juicio de proporcionalidad o de ponderación, cuyo resultado puede ser la exclusión de la entrada de determinados medios técnicos de captación o difusión de la información.

comunicación a la Sala en la que se encuentre un sujeto procesal interviniendo a través de videoconferencia.

Hemos concluido que el acceso de los profesionales de la información al juicio oral contribuye a ampliar el control social de los ciudadanos sobre las actuaciones judiciales; partiendo de esta afirmación, se puede aseverar sin ningún tipo de recelos que la Sala de videoconferencias es una extensión de la Sala de Vistas, y como tal ha de ser considerada. En consecuencia como Sala de Vistas que es, los reporteros, cámaras y periodistas en general, tendrán derecho a acceder a la misma, con la finalidad de grabar e informar cuanto allí acontece.

Esta permisión tiene un único límite, al igual que en la Sala de audiencias, se puede ordenar por el tribunal que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia (arts. 680-682 LECrim); lo mismo se puede hacer respecto de la Sala de videoconferencia, a saber, restringir el acceso al público en general y a los medios de comunicación.

No cabe duda que en los supuestos de testigos o peritos protegidos, testigos gravemente enfermos, víctimas especialmente vulnerables y acusados que declaran a través de mecanismos por evidentes razones de seguridad, el acceso a la prensa escrita, radiofónica, televisiva o digital debe quedar restringido, al igual que al público en general; pues precisamente la declaración a través

de videoconferencia en estos supuestos, obedecerá entre otras razones, al aislamiento que han de tener estas personas, condición *sine qua non* para lograr que las deposiciones sean realizadas en tiempo, sin eventuales suspensiones de las sesiones, y de forma efectiva. Precisamente para estos supuestos en los que las cámaras no van a poder hallarse en el lugar en el que se está prestando la declaración, gracias a la videoconferencia, entendemos adhiriéndonos a la postura de GONZÁLEZ GARCÍA, que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la información, al emitir los medios de comunicación las imágenes y las noticias obtenidas en las vistas judiciales a partir de la señal difundida por los equipos de videoconferencia del propio órgano jurisdiccional⁵⁸³.

De esta forma, la publicidad procesal quedaría muy reforzada por el hegemónico control social que ejercería la ciudadanía sobre las actuaciones judiciales. Creemos que una interpretación en sentido contrario es perjudicial para un Estado democrático, pues sin información, la sociedad no puede fiscalizar si los poderes del Estado, entre los que se encuentra el poder judicial, están cumpliendo con sus obligaciones y respetando la Constitución a la

⁵⁸³ GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., “La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo español”, en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano* (dirs. ROBLES GARZÓN, J.A., ORTELLS RAMOS, M.), Tomo I, ed. Centro de Estudios de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006, p. 651.

que han jurado lealtad a la hora de realizar sus labores, labores que han de estar inspiradas en los principios de un Estado de Derecho.

C) Concentración y unidad de acto

En relación con el estudio sobre la actividad procedimental que estamos analizando, en lo que ahora nos interesa, vamos a examinar la concentración, hermana por consanguinidad de la unidad de acto, pues ambas poseen los mismos progenitores: el tiempo y el espacio en una única sesión.

La concentración implica que los actos procesales han de desarrollarse preferiblemente en una única audiencia, y si ello no es posible, en unas pocas sesiones próximas temporalmente entre sí (art. 788 LECrim), con el evidente propósito de que las manifestaciones vertidas oralmente por las partes ante el juez y las partes así como las pruebas personales practicadas en el juicio permanezcan fielmente en la memoria del juzgador a la hora de dictar sentencia⁵⁸⁴.

De esta definición se advierte como indica GOLDSCHMIDT, que la concentración es una consecuencia de la oralidad, pues «la dificultad de retener lo hablado en la memoria conduce al principio de concentración o “unidad de acto”, que requiere condensar el

⁵⁸⁴ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 398.

juicio oral en una o varias sesiones consecutivas»⁵⁸⁵. Con todo, no se ha de llegar a la conclusión errónea de que la concentración es una consecuencia sin más de la oralidad⁵⁸⁶; en realidad es una característica fundamental del proceso para que este no se dilate en el tiempo, en definitiva, para lograr el procedimiento perfecto.

En la búsqueda de ese procedimiento perfecto hemos de introducir todas las mejoras y avances tecnológicos que la ciencia nos brinda, entre ellos es merecedora de destacarse, como no podía ser menos, la videoconferencia. Esta herramienta facilita con creces la concentración así como la posibilidad de celebrarse las sesiones en el menor tiempo posible.

No podemos perder de vista que la concentración es una garantía del acto de valoración de la prueba y del proceso de conformación de los hechos. Por ello, a través del incesante progreso de las técnicas de reproducción de la imagen y del sonido, habilitan a que el propio tribunal ante quien se practicó la totalidad de la prueba, lleve a cabo un examen directo y personal de los testimonios con coincidencia material en el tiempo y en el espacio de quien declara y de quien juzga; de esta forma se puede compensar el posible déficit de concentración en la práctica de la

⁵⁸⁵ GOLDSCHMIDT, J., *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...*, cit., p. 138.

⁵⁸⁶ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 399.

prueba⁵⁸⁷. El juez o magistrado, al verse obligado a aplazar o suspender la vista teniendo que recurrir para tal fin al plazo de 30 días señalado en el art. 788.1 LECrim –plazo que en nuestra opinión, de agotarse es significativo excesivo- se alejará del objetivo primario de lograr un procedimiento idóneo y perfecto, al quedar patente que por muy buena memoria que tenga el juzgador, no puede almacenar en su cerebro todos los detalles que se aprecian en la práctica de una prueba personal, pues transcurso de tiempo es sinónimo de olvido, cuestión que nunca sucedería en la práctica de prueba celebrada de manera continuada en un único día, o en su defecto, en varias audiencias sucesivas.

De producirse una suspensión de las sesiones, para que la concentración se vea limitada en la menor medida de lo posible, una vez abierto el juicio oral, éste debe continuar durante todas las sesiones que sean necesarias hasta su conclusión, tal y como previene el art. 744 LECrim. Es decir, la observancia de la concentración en un juicio implica el reconocimiento de la unidad de acto. Por ello se reconoce expresamente en el art. 744 LECrim la unidad de acto, y por esta misma razón se establece en el art. 746 LECrim las causas por las que se puede acordar la suspensión del juicio.

⁵⁸⁷ STS núm. 97/2010, de 10 de febrero (BDA RJ 2010\1418).

Precisamente en relación con una posible suspensión del juicio oral, puede suceder que el juez o magistrado deniegue una prueba solicitada en el acto de la vista, si con su admisión se corre el riesgo de suspensión del juicio⁵⁸⁸, sin que ello genere indefensión alguna⁵⁸⁹, habida cuenta que esa situación negligente se debe achacar a la parte que solicitaba la prueba por no haberla pedido anticipadamente⁵⁹⁰.

Suele ser habitual, sobre todo en los delitos de tráfico de droga, que durante las diligencias de investigación, declaren testigos que por sus condiciones de vida o de residencia, posteriormente sean muy difícilmente localizables. Este sería el supuesto de testigos toxicómanos o de testigos que residan en el extranjero. Para estas situaciones existe una fácil solución de cara a no prescindir de dichas fuentes de prueba. En ambos supuestos se puede optar bien por la grabación de las diligencias para introducirlas posteriormente como medio de prueba en el juicio oral, bien por anticipar y preconstituir prueba. En este último caso, como ya hemos advertido anteriormente, pese a ser una prueba anticipada, siempre sería interesante la grabación de la diligencia, y de igual modo, resultaría muy conveniente solicitar al testigo, sobre

⁵⁸⁸ SSTS núm. 239/1992, de 7 de febrero (BDA RJ 1992\1101), núm. 719/1993, de 26 de marzo (BDA RJ 1993\2555), núm. 2412/1993, de 29 de octubre (BDA RJ 1993\7992).

⁵⁸⁹ STS núm. 655/1994, de 18 de marzo (BDA RJ 1994\2339).

⁵⁹⁰ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 399.

todo al foráneo, que consigne su domicilio habitual, a efectos de poder articular el auxilio judicial internacional, y poder llevar a cabo desde su país una declaración por videoconferencia.

Con estos elementos, la concurrencia de la concentración no peligraría y se respetaría de forma plena los deseos de las partes de practicar una determinada prueba procesal; además, con ello se observaría siempre, como consecuencia de la concentración que es, la unidad de acto, al tratarse de un requisito formal de obligado cumplimiento para que la fase de juicio oral se realice en un único acto y sin interrupciones temporales, con la única salvedad de aquellas situaciones en las que por algún accidente pasajero exijan motivadamente la suspensión de la vista.

Hemos visto como con el empleo de mecanismos audiovisuales como método de auxilio en la práctica de pruebas personales, la concentración no se ve en ningún momento restringida. Y a idéntica conclusión hemos de llegar respecto de la unidad de acto, al desarrollarse en tiempo real todas las declaraciones y en el mismo orden en el que se efectuarían *in personam*, es decir, una vez concluida la declaración a distancia, se pasaría a la siguiente práctica de prueba.

En suma, la utilización de la videoconferencia, favorecería tanto la concentración como la unidad de acto en supuestos accidentales en los que un testigo, perito o acusado, que por razones impeditivas para comparecer físicamente en la Sala de

Vistas –v. gr. enfermedad o residencia alejada de la sede del órgano jurisdiccional-, no pudiera personarse en el juicio, y todo ello sin que haga peligrar su asistencia al llamamiento judicial al poder acudir al mismo de manera virtual.

De esta manera, se evitaría la tan molesta suspensión del juicio, que rompe todos los horarios milimétricos de los jueces a la hora de celebrar las sesiones, al desarrollarse éstas de forma consecutiva sin intervalos largos de tiempo; además habría que apuntalar que no sólo se favorecería la agenda de los juicios – traducido en menor gasto para el Estado- y la concentración y unidad de acto, sino que también habría unos beneficios que nada tienen que ver con los aspectos organizativos y de apreciación de prueba, sino con asuntos de una mayor relevancia, encaminados a lograr el ideal de proceso perfecto ágil y sin fisuras en los derechos constitucionales, dado que, en este caso en concreto, saldría reforzado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

A este respecto es dable destacarse el contenido del art. 472 del TACPP en cuya virtud, en el supuesto de que uno de los encausados no pudiese ser trasladado a la Sala por enfermedad, el juicio continuará en su ausencia, por tratarse de una norma que de aprobarse definitivamente implicará un retroceso en los derechos de los imputados-acusados. ¿Cómo es posible que el propio

acusado no asista a su propio juicio por cuestiones de fuerza mayor cómo es una enfermedad?

No reconocemos el país en el que estamos viviendo, en el que sistemáticamente se están recortando nuestros derechos fundamentales conquistados con tanto esfuerzo. No se puede negar este derecho al encausado, máxime, cuando a través de la videoconferencia en determinados supuestos se puede paliar la previsible suspensión, pues por razones de utilidad el encausado podrá ver su propio juicio desde el centro penitenciario en el que se halle recluido, de tratarse un preso preventivo o desde el centro de salud en el que se encuentre ingresado, siempre y cuando su estado clínico así lo permita.

D) Igualdad de armas

Otro de los principios que puede entrar en liza con el empleo de la videoconferencia es el llamado “principio de igualdad de armas”. Se trata de una de las garantías fundamentales del proceso penal, que ha de considerarse cumplido, cuando en la actuación procesal, tanto la acusación como la defensa gozan de los mismos medios de ataque y de defensa así como de idénticas posibilidades en la alegación, práctica de prueba e impugnación⁵⁹¹.

⁵⁹¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, ed. Colex, Madrid, 2013, p. 60.

Del mismo modo que sucede con otros principios, como el de contradicción o el de inmediación, el de igualdad de armas –o de partes, como se prefiera llamar-, no se recoge de una manera explícita ni en la Constitución Española ni en los Instrumentos Internacionales reguladores de los Derechos Humanos. Tampoco en el TACPP se hace una referencia genérica a este principio en su art. 4, indicando sencillamente que el principio de igualdad de armas deberá regir en las actuaciones de la acusación y de la defensa.

Esto obliga a que la jurisprudencia se vea en la necesidad de soliviantar esta laguna jurídica, con los riesgos que ello supone, pues cuando un principio que no se encuentra regulado expresamente en una norma ha de ser interpretado por los tribunales, siempre va a existir una disparidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales en la fundamentación jurídica del mismo.

En completa consonancia con lo dicho por MONTERO AROCA, el principio de igualdad de partes es una consecuencia del principio de igualdad general, enunciado en todas las constituciones, a saber, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, recogido en la Constitución Española en los siguientes

preceptos: arts. 14.1, 9.2, 21.1, 23.2, 40.1 y 53.3, y desde un punto de vista procesal en los arts. 24.1 y 119⁵⁹².

Este principio posee dos dimensiones: una puramente material, al garantizar el art. 14 CE la igualdad de los ciudadanos ante la ley, por tanto, las partes, como personas que son, han de ser tratadas por igual ante la ley procesal; otra estrictamente formal, por la que todas las partes procesales han de contar con los mismos medios de ataque y de defensa, de idénticas posibilidades en la alegación de prueba y en la eventual impugnación⁵⁹³, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en la fase de instrucción por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación, en definitiva, proteger el valor constitucional de la justicia⁵⁹⁴.

En relación con las partes procesales, el Tribunal Constitucional, desde nuestro punto de vista, muy erróneamente, ha venido reiterando que es en el art. 24.1 CE donde corresponde ubicar la igualdad entre éstas por su conexión con los principios de contradicción procesal e interdicción de la indefensión, al amparar

⁵⁹² MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., p. 342.

⁵⁹³ Por todas SSTC núm. 47, de 22 de abril de 1987 (RTC 1987\47), núm. 66, de 17 de abril de 1989 (RTC 1989\66) y núm. 180, de 23 de septiembre de 1991 (RTC 1991\180).

⁵⁹⁴ Cfr. STC núm. 186, de 15 de noviembre de 1990 (BDA RTC 1990\186).

el art. 14 CE la igualdad ante la ley y en aplicación de la ley, pero no otorga cobertura a la igualdad de las partes en el proceso⁵⁹⁵.

No muy lejos de esta línea doctrinal, se encuentra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para el que la igualdad de armas es un principio incluido dentro del derecho a un juicio justo, relacionado con el principio de contradicción, y tal y como hace nuestro Tribunal Constitucional no lo incluye dentro del derecho a la igualdad genérica⁵⁹⁶.

Desde un punto de vista sustantivo, el principio de igualdad de partes se ve plenamente cumplimentado en el empleo de la videoconferencia, desde el mismo momento en el que su uso puede ser solicitado por cualquiera de las partes personadas en el proceso, ya que la ley procesal, desde una perspectiva objetiva, no realiza ningún tipo de distinción, ni perjudicial ni beneficiosa, en la aplicación de medios audiovisuales para llevar a cabo las pruebas solicitadas por la defensa o la acusación.

El sistema de videoconferencia, cuya transmisión se efectúa siempre en tiempo real no implica, como ya hemos estudiado, una vulneración de los derechos a la contradicción e inmediación de la prueba, pero tampoco puede estimarse como una vulneración de los

⁵⁹⁵ STC núm. 90, de 17 de marzo de 1994 (BDA RTC 1994\90).

⁵⁹⁶ Cfr. entre otras: SSTEDH, caso Bonisch contra Austria, de 6 de mayo de 1985 (TOL 220254), asunto Gorraiz Lizarraga y otros contra España (TOL 408619) o caso Atlan contra Reino Unido, de 19 junio 2001 (BDA TEDH 2001\397).

derechos de las partes a someter a los testigos a examen en línea, al no disponer de las mismas armas en relación con el resto de partes procesales⁵⁹⁷.

Desde una perspectiva netamente procesal, la cuestión resulta mucho más controvertida a raíz de determinadas decisiones que se suceden en la *praxis* judicial. En nuestro proceso penal, la admisión de la práctica de prueba ha de fundarse en los siguientes extremos: medios de prueba previstos legalmente, lícitos, pertinentes y útiles [arts. 658, 659, 785, 800.7 LECrim y 37.d) LOTJ], si bien, dicha admisión queda a discreción del juez, lo cual puede generar en muchas ocasiones una actitud discriminatoria para alguna de las partes, al denegar alguna propuesta de prueba por estas.

En el supuesto del acusado, por regla general, se va a admitir en su totalidad las pruebas que se soliciten, sin embargo, no podemos referir lo mismo respecto de la acusación. Si al inculpado se deniega la práctica de un medio de prueba, se puede vulnerar su derecho de defensa, sin embargo, si el rechazo viene referido a la acusación, al no lesionarse este derecho, el juez encuentra un cobijo legal para poder recortar la práctica de pruebas.

Lo cierto es que no será la primera vez que suceda tal despropósito. Por todos es conocido el gran volumen de asuntos

⁵⁹⁷ Cfr. F.J. 2 ATS núm. 2314, de 23 noviembre de 2006 (BDA JUR 2007\7576).

que se suceden todos los días en los juzgados⁵⁹⁸. Ante este descomunal volumen litigioso, el enjuiciador decide prescindir de determinadas pruebas, en aras agilizar todos los juicios, y terminar su jornada laboral con todas las sesiones que se habían previsto celebrar ese día.

Puede resultar asombroso, pero hay que ponerse en la piel de los juzgadores. Incluso, hemos apreciado situaciones aún más bochornosas si cabe, y creemos que hemos de denunciar en este trabajo, pues una de las finalidades de esta investigación consiste en demostrar las graves imperfecciones procesales que existen en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, y lograr de una vez por todas lo que ya se inició con la aprobación en el siglo XIX de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: un proceso moderno, ágil, que diera respuestas a la sociedad, y por supuesto, eficiente.

Las situaciones que reseñamos vienen referidas a la vulneración de un derecho de relevancia constitucional: el derecho de defensa. Con motivo de ese gran volumen litigioso, hemos

⁵⁹⁸ Debemos precisar que la litigiosidad a la que hacemos referencia es la relativa a los asuntos que ingresan en el ámbito judicial, y no a la denominada “pirámide de la litigación”, esto es, todo desarrollo social de un conflicto que puede alcanzar a los tribunales de justicia o no. El primer supuesto, los conflictos judicializados, pueden llegar a contarse, tal y como se lleva a cabo por la Sección de Estadística Judicial de consejo General del Poder judicial. El segundo supuesto, obviamente se desconoce, pues se ignora el volumen de prelitigaciones que no han terminado en un proceso judicial. GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., “La litigiosidad en los tribunales de justicia: perspectiva sociológica”, en *La sociedad litigiosa* (dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.), 2007, pp. 123-124.

apreciado en la praxis judicial –sobre todo en los Juzgados de lo Penal- una actitud por parte del juzgador bochornosa e impropia de una persona integrante del tercer poder del Estado. Ante la falta de tiempo, como el Letrado de la defensa es la última parte en emitir sus conclusiones, el juzgador en lugar de darle un toque de atención instándole a abreviar su discurso final, le retira la palabra, motivando esta decisión en la existencia de muchos más juicios por realizar a lo largo de la jornada.

Esta situación tan pintoresca y grotesca, se da lógicamente, cuando el enjuiciador ya tiene en mente en ese preciso momento su decisión, la cual va a ser la absolución. Pero lo que se almacena en la mente del juzgador, las partes lo desconocen, lo cual, además de la tensión que tiene el acusado por el mero hecho de ser enjuiciado y ante el temor de ser condenado, se le añade un nuevo factor tensional, que bien pudiera deparar en situaciones más graves, aunque parezcan absurdas y exageradas –pero que realmente así ha sucedido-, como podría ser perfectamente el riesgo de sufrir una enfermedad cardiovascular -infarto, angina de pecho, arritmias, entre otras-, muy asociadas a situaciones de estrés y alta tensión. Aparte de estas cuestiones, ese atropello constitucional no posee justificación alguna, y es que, queda claro, que la función jurisdiccional de juzgar se ha de hacer con estricto cumplimiento con la ley, y en ese estricto cumplimiento no se encuentra retirar la

palabra arbitrariamente al abogado de la defensa por motivos de agilidad procesal.

En realidad, esta consecuencia deviene con motivo de la saturación en los órganos judiciales y la escasez de tiempo para juzgar todos los pleitos en un plazo razonable –que ya de por sí no lo es, al tardar en celebrarse un juicio en España aproximadamente un año desde el momento en el que se interpuso la querrela o la denuncia, salvo como es obvio, en el supuesto de los juicios rápidos-.

Estas prisas procedimentales tienen como fruto por parte de ciertos juzgadores, en el mejor de los casos, la denegación de las solicitudes de prueba testifical realizadas por la acusación, en el peor de los casos, ya lo hemos señalado: la retirada de la palabra del Letrado de la defensa.

En nuestra opinión, en los supuestos de denegación de prueba testifical solicitada por la parte acusadora, entendemos que la misma protección ha de tener tanto la defensa como la reclamación de justicia; siempre que exista una duda razonable el acusado no debe ser condenado, pero hemos de dejar actuar a la acusación para que pueda dismantelar esa duda razonable, pues existe una cuestión que se ha generalizado entre la opinión pública, con la que hemos de ser muy cautelosos, esto es, dar la sensación de que no se imparte justicia, de que no existe justicia en España.

De esta forma, la sociedad, hastiada de ver esta imagen desalentadora mostrada por los medios de comunicación, una imagen en la que se trata de hacer ver la inexistencia de penas a los delincuentes en España, puede devenir en una situación muy peligrosa, la reinstauración punitiva de origen bíblico del “ojo por ojo diente por diente”, pero no aplicado precisamente por las autoridades, sino arbitrariamente por la propia población, al querer tomarse la justicia por su propia mano. En suma, existe el riesgo de traspasarse el *ius puniendi*, hasta ahora en manos del Estado, a la sociedad.

Este rechazo de prueba a la parte activa se suele producir con mucha asiduidad en aquellos supuestos en los que el testigo principal reside en el extranjero y no ha sido localizado; cuando por fin se encuentra su paradero, ya ha sido demasiado tarde para solicitar la prueba en el juicio oral, pero siempre quedaría la baza de pedir la práctica de la declaración testifical a través de videoconferencia en apelación si el acusado ha sido absuelto. De esta forma, con su testimonio existiría una prueba de cargo que desvirtuaría la presunción de inocencia del absuelto por el primer juzgado o tribunal sentenciador⁵⁹⁹.

⁵⁹⁹ A favor de esta posibilidad encontramos la SAP Las Palmas (Sección 1ª), núm. 32, de 19 de febrero de 2008 (BDA JUR 2008\166551) y la STS, núm. 382/2009, de 6 de abril (BDA RJ 2009\2942). En contra de esta afirmación se posiciona la SAP Girona (Sección 3ª) núm. 73, de 29 de enero de 2008 (BDA JUR 2008\138405).

Sin embargo, las tan aludidas prisas procedimentales que existen en todos los Juzgados motivan la no admisión de este medio de prueba, por no haber sido propuesto con anterioridad en la primera instancia; incluso algún tribunal ha fundamentado su inadmisión en razones de puesta en peligro del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas⁶⁰⁰. En contra de este aserto, lo que sin duda alguna queda en entredicho con este tipo de prácticas agilizadoras, es el derecho a la tutela judicial efectiva, así como el principio de igualdad de partes, al no ostentar en este último supuesto el mismo derecho entre la defensa y la acusación a practicar prueba, prueba esencial para avalar su pretensión acusadora, y en consecuencia, desvirtuar la presunción de inocencia.

Lo cierto es que si bien la igualdad de los ciudadanos ante la ley no se ha visto trasladada de las constituciones a la vida real, en idéntica situación nos encontramos con el principio de igualdad de las partes en el proceso, en el bien entendido que la lucha por la justicia se convierte en algo tan desigual como la vida social⁶⁰¹.

Una de las trabas que encontramos en la consecución de la igualdad real de las partes en el proceso penal es la duración del

⁶⁰⁰ SAP Girona (Sección 3ª) núm. 73, de 29 de enero de 2008 (BDA JUR 2008\138405).

⁶⁰¹ MONTERO AROCA, J. (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional I...*, cit., pp. 340-341.

proceso, ya que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consagrado en el art. 24.2 CE, no se está respetando, y cuando se pretende honstar este derecho, se adoptan una serie de medidas para acelerar el procedimiento, basadas, como hemos señalado *supra*, en suprimir trámites y abreviar plazos, lo cual implica una reducción de las garantías fundamentales de toda persona⁶⁰².

Por todas estas cuestiones planteadas, abogamos por la utilización de la videoconferencia, como mecanismo que posibilita la igualdad de partes en el proceso penal, al poder disponer las mismas en un procedimiento penal, de idénticas armas para poder probar, y hacer valer de esta forma las diferentes posturas mantenidas en el proceso, esto es, defender la inocencia del acusado o mantener una actitud inculpativa que solicita de la acción de la justicia una respuesta punitiva por la que se castigue al acusado con ocasión del delito que ha perpetrado.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 342.

III. HACIA UN NUEVO PROCESO PENAL: EXIGENCIA DE REFORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS PROCESALES PARA ACOMODARSE A LA NUEVA SOCIEDAD TECNOLÓGICA EN GENERAL Y DE UNA MEJOR REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN PARTICULAR

La situación en la que se encuentra a día de hoy nuestra justicia penal no está precisamente en condiciones de responder a las exigencias que se presentan en la actual sociedad democrática. Entendemos que esta triste realidad, motiva la necesidad de abandonar la política practicada hasta el momento de reformas parciales de la LECrim y se impone el compromiso de promulgar un nuevo Código de Proceso Penal acorde con los nuevos tiempos. El orden jurisdiccional penal sigue siendo el único de los cuatro órdenes que no cuenta con una ley procesal actualizada al continuar aplicándose la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada en 1882. En ella se contienen términos tan anacrónicos como Tribunales de Guerra y Marina, Jueces Municipales, Audiencias de lo Criminal o escribanos, que evidencian un sistema jurídico profundamente inadecuado para la actual sociedad y para el actual enjuiciamiento de los delitos.

El problema principal por el que hasta ahora no se ha abordado una reforma global y en profundidad de la LECrim se explica por las limitadas posibilidades que posee para el Gobierno y para el Grupo Parlamentario con mayor presencia en la Cámara Baja, de rentabilizar políticamente este tipo de iniciativa de cara a la opinión pública. A esta vicisitud se unen otros dos factores.

En primer lugar, los recelos a un hipotético fracaso de la reforma procesal penal, que bien podría ser explotada demagógicamente por sus adversarios políticos.

En segundo lugar, la pérdida de la oportunidad de causar una buena impresión a la sociedad, mediante la aprobación de medidas de reacción inmediata, que tanto gusta a la ciudadanía, alarmada por las continuas noticias sobre sucesos criminales, revestidas de una aparente respuesta enérgica a la actividad criminal, con efectos balsámicos para la población, con el fin de mostrar a la sociedad que ante el incremento de la delincuencia los poderes públicos no claudican en la batalla contra el fenómeno criminal⁶⁰³.

En la tan necesaria nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, existen muchos frentes que se deben abordar, de entre los que destaca, como hemos tenido oportunidad de reseñar, una regulación más detallada de las nuevas tecnologías en el proceso penal, para

⁶⁰³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales”, en AA. VV., *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 69.

que desaparezcan las lagunas jurídicas existentes en su aplicación. A su vez, como consecuencia de la aplicación sistemática de las TICs en los procedimientos penales, también sería inexcusable una regulación de los principios procesales y procedimentales del orden penal, algunos como hemos visto, no incardinables en ninguna norma, sino fruto de una interpretación del Tribunal Constitucional sobre la Carta Magna.

Esta carencia, viene arrastrándose desde muy lejos. De hecho, pese a los más de 30 años de vigencia de la Constitución Española, no se ha desarrollado ni precisado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal el contenido de los derechos fundamentales consignados en nuestra Constitución relativos al ámbito procedimental, esta es la cruda realidad, pues para ser más precisos, no se ha desarrollado ni en la LECrim ni en ninguna otra norma procedimental.

Esta dejadez legislativa de precisar y normar ha sido siempre la tónica general de nuestro legislador, y en relación con la introducción de la videoconferencia en el proceso penal, no ha sido ni mucho menos una excepción, por cuanto su regulación es bastante vaga e imprecisa. Y lo cierto es que no hay visos de que la situación cambie. Existe como ya hemos reiterado a lo largo de este trabajo un texto articulado sobre un futuro Código de Proceso Penal dentro de las iniciativas legislativas promulgadas por el Ministerio de Justicia, elaborado por una Comisión Institucional creada por

Acuerdo de Consejo de Ministro de 2 de marzo de 2.012⁶⁰⁴, con el fin de articular una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, esta propuesta de Código procesal penal no cumple con las expectativas esperadas. Se limita a reproducir el contenido de la vigente LECrim en lo que a la utilización de las nuevas tecnologías se refiere, restringe los derechos de los encausados, y además, adolece del defecto que siempre hemos arrastrado en este país, a saber, dejar sin una normación específica a los derechos fundamentales limitados por las actuaciones penales.

En paralelo, en la propuesta de reforma de Ley Orgánica de Poder Judicial elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2.012 con el objetivo de elaborar un texto articulado de LOPJ y de Ley de Demarcación y Planta Judicial, tampoco existe ningún cambio de postura en lo que a las nuevas tecnologías se refiere, pues en su art. 193, relativo a las actuaciones judiciales, se viene a reproducir el contenido del actual art. 229 LOPJ⁶⁰⁵.

En síntesis, de no cambiar de postura la Comisión que elabora este Código de Proceso Penal y la nueva LOPJ, estaremos ante una gran oportunidad perdida de modernizar nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, y hacemos remisión expresa a la citada

⁶⁰⁴ BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2.012.

⁶⁰⁵ Esta propuesta de reforma de Ley Orgánica del Poder Judicial es susceptible de consultarse en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

Comisión, en la medida que ostentando actualmente el Partido Popular, el partido del Gobierno, mayoría absoluta en las Cortes Generales, difícilmente el Proyecto de Ley que salga del Ministerio de Justicia sufrirá alguna modificación en sede parlamentaria vía introducción de enmiendas.

Para concluir con lo analizado en este capítulo, podemos afirmar inequívocamente que la videoconferencia no vulnera ningún principio ni derecho constitucional –incluso favorece algunos, como el derecho a la tutela judicial efectiva y el proceso a un juicio sin dilaciones indebidas-.

No obstante esta no-infracción viene condicionada a que se produzca una correcta aplicación práctica, esto es, que las diligencias sumariales o los medios de prueba obrados a través de mecanismos audiovisuales en tiempo real, se haya llevado a cabo adecuadamente sin menoscabo alguno en los principios y derechos de carácter constitucional. Una mala *praxis* en este sentido puede tener nefastas consecuencias para la impartición de justicia, ya que de no observarse estos principios y derechos, un medio de prueba puede devenir nulo por su obtención ilícita (art. 287 LEC, en relación con el art. 4 LEC) o tiene que volver a repetirse el juicio por practicarse prueba sin que se hubieran respetado las garantías procesales –como consecuencia de recurrirse en amparo al Tribunal Constitucional o en casación al Tribunal Supremo-.

Los cimientos por los que se puede generar esta situación de mala *praxis* con consecuencias tan negativas para la impartición de justicia han sido fijados por el legislador al efectuar una regulación del empleo de la videoconferencia en la LECrim muy paupérrima y que, como hemos señalado, no tiene visos de cambiar en el futuro Código de Proceso Penal. Únicamente se ha limitado a especificar su posible aplicación en las declaraciones testificales, periciales y en la participación del Ministerio Fiscal y del imputado o acusado – dependiendo de la fase en la que nos encontremos- así como la simple enumeración de los criterios operativos por los que se podría poner en funcionamiento el sistema de participación virtual, esto es, utilidad, seguridad u orden público.

Resulta un error de bulto no definir al menos estos tres conceptos jurídicos indeterminados –como ya sobradamente hemos mencionado al inicio de este trabajo, y no creemos que sea cuestión el volver a explicarlo, pues ya ha quedado holgadamente descrito- como lo es también, el no haber incluido las instrucciones necesarias que deben llevar a cabo jueces y magistrados, para no incurrir en una vulneración de derechos fundamentales y de principios procesales.

Expuestas estas premisas, y analizados los derechos y principios constitucionales que pudieran verse comprometidos por el empleo de la videoconferencia, vamos a continuación a detallar los aspectos relacionados con el uso de este mecanismo audiovisual

en el proceso penal, que en nuestra opinión, deberían ser introducidos en la futura revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. CONCRETAR LOS SUPUESTOS Y EL PROCEDIMIENTO DE EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN LA COMPARECENCIA DEL ACUSADO

En relación con el derecho de defensa, echamos en falta una norma de similares características como la regulada en las disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Penal italiano, en concreto el art. 146-bis, precepto que recoge con todo tipo de detalles la declaración a distancia del acusado, al establecer los supuestos por los que se puede acordar la intervención a través de medios audiovisuales del inculpado y el procedimiento por el que se lleva a término. En su procedimiento destaca sobremanera la exigencia de una inexcusable comunicación entre abogado e imputado-acusado, esto es, se debe permitir siempre al abogado defensor o a otro letrado diferente estar presente en el lugar en el que se encuentra el imputado. Por su parte, entre el defensor o letrado que se halle físicamente presente en la sala de audiencias y el imputado debe existir una comunicación reservada y confidencial por medio de instrumentos técnicos idóneos para esta

eventualidad (art. 146-bis.4 de las disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Penal).

La no regulación en la LECrim de una disposición contenedora en el art. 146-bis de las disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Penal italiano nos llama poderosamente la atención. No es para menos, ya que la introducción de la videoconferencia en la legislación procesal penal española obedece claramente al éxito cosechado con este mecanismo en los procedimientos penales italianos. Esta última cuestión es la que motiva la importación de este modelo a nuestra legislación, si bien se hizo una defectuosa copia, parcial y sectaria, la cual se ha tenido la oportunidad de subsanar a través de la reciente revisión de la LECrim por medio de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial⁶⁰⁶, y sin embargo, muy a nuestro pesar, no se ha enmendado.

De haberse procedido a una correcta regulación de la participación del imputado-acusado a través de videoconferencia, sentencias como la del Tribunal Supremo que resolvían el recurso interpuesto contra el fallo condenatorio de la Audiencia Provincial de Alicante, sobre el asunto conocido comúnmente como “motín de Fontcalent”, es decir la STS núm. 678/2005, de 16 de mayo⁶⁰⁷, no

⁶⁰⁶ BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

⁶⁰⁷ BDA RJ 2005\6586. Recordemos brevemente que el Tribunal Supremo casó la sentencia de primera instancia por haber infringido la participación en el juicio a través de videoconferencia de los acusados desde el centro penitenciario en el

se correría el riesgo de producirse nuevos pronunciamientos de este cariz.

De esta suerte, se podría volver a utilizar la videoconferencia para que el acusado compareciera ante el juez instructor en aras a prestar declaración o asistiera de manera virtual desde el centro penitenciario a su propio juicio, cuando razones de seguridad y peligrosidad así lo aconsejaran.

De hecho, esta herramienta se mostraría realmente eficiente en el seguimiento de los maxiprocesos –celebrados con mucha asiduidad en la Audiencia Nacional, entre fuertes medidas de seguridad- en los que los acusados declararían y participarían a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real, sin menoscabo alguno en sus derechos, al respetarse íntegramente su derecho de defensa y de asistencia letrada.

En la búsqueda de una norma que compagine correctamente la utilización de la videoconferencia en la participación del imputado-acusado con sus derechos constitucionales así como con una efectiva práctica de la diligencia, medio de prueba o seguimiento del juicio, consideramos que en esa necesaria revisión de la LECrim que estamos exigiendo, de igual modo se debería realizar una enumeración de carácter orientativo sobre los tipos de delitos

que se encontraban reclusos, entre otras cuestiones, el derecho de defensa, al no hallarse comunicados debidamente con su Abogado defensor.

en los que se podría acordar la participación virtual del preso preventivo o recluso.

Los delitos que engrosarían ese catálogo deben ser aquellos por los que sus hipotéticos autores merezcan el calificativo de criminales potencialmente peligrosos, en razón no sólo a su peligrosidad, sino a cuestiones de seguridad de carácter general, al llevar aparejado un alto riesgo de fuga en su traslado desde el centro penitenciario a la sede del órgano judicial. Si acotamos estos requisitos, nos damos cuenta que solamente pueden apreciarse en los integrantes de asociaciones criminales organizativas, que tanto por su forma criminal de actuar, como por su complejo entramado, reúnen las condiciones expuestas: peligrosidad y riesgo de fuga.

Con esta enumeración orientativa, el ámbito subjetivo susceptible para acordarse el empleo de la videoconferencia por un Juez o Magistrado, estaría mínimamente delimitado, de forma que gozarían de una norma en la que apoyar su decisión y se eliminarían ulteriores maniobras torticeras promovidas por la defensa, al recurrir una resolución judicial desfavorecedora a sus intereses, en la que se pudiera alegar la no concurrencia de ninguna cuestión extraordinaria diferente del resto de enjuiciamientos que le hiciera merecedora de adoptarse esta medida.

A nuestro entender, tomando como premisa el Código Penal vigente, consideramos que siempre que se aprecien por el Juez o Magistrado razones de seguridad o de orden público, y el imputado

o acusado ostente esta condición por la supuesta comisión de alguno de los siguientes delitos, tanto en grado de tentativa como en grado de consumación: secuestro, delitos contra la propiedad industrial, delito de migraciones fraudulentas, trato de personas, asociaciones ilícitas, sedición, rebelión, narcotráfico, terrorismo, matar o causar lesiones al Jefe de otro Estado o persona internacionalmente protegida, genocidio o lesa humanidad, el juez o magistrado de oficio, o a instancia de alguna de las partes, podrá decretar la participación del acusado o del imputado a través de videoconferencia.

Estos criterios, como hemos matizado son orientativos, por tanto, si a criterio del instructor o del juzgador concurrieran potenciales razones de seguridad, utilidad u orden público, estos podrán acordar el empleo de medios electrónicos audiovisuales en la comparecencia del imputado-acusado, aún cuando los hechos criminales objetos de investigación o de enjuiciamiento no fueran constitutivos de los delitos acabados de enumerar en el párrafo anterior.

Con esta propuesta de *lege ferenda* se trataría de aliviar las dudas e incertidumbres en las motivaciones de Jueces y Magistrados contenidas en los autos de adopción de participación del imputado-acusado a través de videoconferencia, de fijar adecuadamente el marco del derecho de defensa y de asistencia letrada en el empleo de ésta y establecer una serie de pautas para

que no se corra el riesgo de emplearse de una manera indiscriminada en cualquier asunto penal, sino solamente en aquéllos supuestos excepcionales, en los que entran en acción principios que constituyen la génesis de un Estado, como es la seguridad ciudadana.

Sin embargo, como ya hemos apuntado en el TACPP no se contemplan estas esenciales cuestiones, limitándose a mantener en su art. 121 la misérrima regulación que existe actualmente en lo que a la participación del encausado en el proceso penal se refiere⁶⁰⁸.

2. DELIMITACIÓN DE LA PRÁCTICA DE PRUEBA

Como venimos enfatizando, la práctica de prueba a través de videoconferencia, siempre ha de ser una modalidad excepcional, y no convertirse en la regla general. Únicamente en presencia de situaciones realmente singulares es operativa la práctica de diligencias y de medios de prueba de carácter personal por medio de mecanismos audiovisuales.

Sin embargo, al igual que sucede con el caso particular del imputado-acusado, la LECrim no especifica para qué tipo de declaraciones testimoniales o periciales es susceptible de emplearse

⁶⁰⁸ Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

esta manera virtual de deposición, solamente nos remite como causas concurrentes para su adopción motivos de seguridad, utilidad y orden público.

Apreciamos el mismo caldo de cultivo que en el supuesto anteriormente analizado referido al imputado-acusado: una copia defectuosa del modelo italiano de empleo de videoconferencia en el proceso penal. Por tanto, el condimento que le falta a ese caldo para que el guiso salga exquisito y a gusto de todos no es otro que una redacción más exhaustiva de los supuestos en los que se puede adoptar la modalidad de participación virtual de un testigo o perito en el futuro Código de Proceso Penal.

Para tal fin, partimos nuevamente de las disposiciones de actuación del Código de Procedimiento Penal italiano, en cuyo art. 147-bis se establecen las modalidades por las que el juez puede decretar la práctica de prueba a distancia a través de medios audiovisuales.

Partiendo de este precepto, pero adaptado a la realidad procesal española, los supuestos que deberían esgrimirse en la nueva LECrim, también de carácter orientativo, por los que el juez podría acordar la participación virtual de testigos y peritos a través de videoconferencia serían los siguientes: personas admitidas a programas de protección; personas cuya presencia física en la Sala de Vistas pueda implicar una posible suspensión por su dificultosa comparecencia; cuando concurren razones de victimación que

puedan acarrear serias repercusiones sobre el estado emocional de la víctima y en consecuencia aconsejen su declaración fuera de la Sala de Vistas y su no confrontación visual con el imputado-acusado; residencia alejada del testigo o perito de la sede judicial; y por último, en aquellos supuestos en los que a criterio a judicial, razones de seguridad, utilidad u orden público lo sugieran.

Por otro lado, no estaría de más que se establecería el procedimiento a seguir y todas las cuestiones que rodean esta práctica, cuales serían la autenticación de las identidades, el equipamiento de las Salas o las respuestas que debe otorgar la ley ante las posibles deficiencias técnicas insubsanables.

3. REFORMULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES

El empleo de las nuevas tecnologías en el orden penal abre un escenario nuevo en el que se ven afectados entre otras cuestiones, las concepciones tradicionales de los principios procesales y procedimentales. Ante esta nueva situación, se hace necesaria una actualización de estos principios en una futura revisión de las normas procesales, quedando en manos de la doctrina y la jurisprudencia hasta que este evento se produzca, la delimitación del contenido de estos principios.

Los principios que merecen una revisión conceptual, como ya hemos reiterado a largo de este trabajo, en relación con las TICs,

serían: la inmediación, la publicidad, la concentración y la unidad de acto.

En relación con la inmediación, deberemos hacer una subdivisión entre inmediación física e inmediación virtual, ambas igualmente válidas. Sin embargo, debemos adicionar, que se trata de un principio indispensable para la práctica de cualquier diligencia de investigación o de práctica de prueba de carácter personal, pero que no aparece nunca reflejada de una forma directa, sino de una manera indirecta al exigirse en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que las declaraciones se efectúen en presencia del Juez o Tribunal (arts. 702 y 741 LECrim).

En consecuencia qué se entiende por presencia, ¿presencia únicamente física o presencia virtual?

Como hemos mostrado, la jurisprudencia entiende que en la práctica de una prueba a través de videoconferencia existe inmediación. Por tanto, sería del todo deseable una mayor especificación en la nueva LECrim respecto al cumplimiento del principio de inmediación, y la alusión a la presencia virtual del testigo, perito o acusado en la Sala de audiencias.

Lo mismo sucede con la publicidad y los lugares en los que se lleva a cabo la participación virtual en el proceso penal. Como estos lugares no están calificados por la LECrim, tenemos una laguna en relación con el principio de publicidad. ¿Se debe permitir la entrada al público en general y a los medios de comunicación en

los locales desde los que se presta la declaración del testigo o perito a través de videoconferencia o desde la Sala del centro penitenciario desde la que comparece el inculcado recluso?

Esta cuestión sería muy fácil de resolver desde el mismo momento en el que el lugar desde el que se comparece audiovisualmente se equiparara a todos los efectos legales a la Sala de audiencias.

Con esta previsión, el contenido de los artículos 680 a 682 LECrim sería completamente operativo. De esta suerte, en principio, la ubicación desde la que se realiza el seguimiento o participación del debate procedimental, será abierta al público en general y a los medios de comunicación, al ser públicos los debates del juicio oral, pero si por razones de seguridad –testigos y peritos protegidos así como acusados reclusos-, de orden público – supuesto de seguimiento del juicio por videoconferencia del acusado desde la cárcel- o por el respeto debido a la persona ofendida por el delito –supuestos de victimación secundaria-, como condición de Sala de Vistas que posee el mentado lugar, se podrá acordar que se celebren las actuaciones a puerta cerrada.

Equiparar el lugar desde el que se comparece audiovisualmente a la Sala de audiencias, resolvería otra cuestión: la concentración y la unidad de acto. Pues serían elementos integrantes de un mismo acto de prueba la declaración realizada desde la sala en la que se depone por videoconferencia y la Sala de audiencias.

Con ello ampliamos los conceptos de publicidad y unidad de acto, pues han de entenderse extendidos no sólo respecto a las actuaciones que se llevan a término en la sala de Vistas, sino a aquéllas ubicaciones en las que los testigos, peritos, imputados o acusados participan en el debate procedimental a través de videoconferencia.

Y con estas premisas, se debe realizar una regulación del empleo de la videoconferencia en el proceso penal coherente y que facilite su aplicación.

4. EXIGENCIA DE UNA NUEVA REGULACIÓN DEL EMPLEO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL.

Ante una hipotética revisión de la LECrim, en relación con los aspectos que hemos tratado, propones la redacción de dos preceptos reguladores del empleo de la videoconferencia en el proceso penal, que sustituyeran al art. 731.bis de la actual LECrim. En nuestra opinión tendría que normarse por separado la participación del posicionado en la parte pasiva del proceso del que lo hace en calidad de testigo o perito.

De este modo, la participación del imputado o del acusado debería regularse de la siguiente forma:

“Participación a distancia del imputado o del acusado en el proceso penal.

1. Cuando se siga un proceso por alguno de los siguientes delitos, cometidos tanto en grado de tentativa como en grado de consumación: secuestro, delitos contra la propiedad industrial, delito de migraciones fraudulentas, trato de personas, asociaciones ilícitas, sedición, rebelión, narcotráfico, terrorismo, matar o causar lesiones al Jefe de otro Estado o persona internacionalmente protegida, genocidio o lesa humanidad, o en cualesquiera otros que así se estime oportuno, en los que el imputado o el acusado se encuentre recluido en un centro penitenciario, tanto español como extranjero, el juez o magistrado de oficio, o a instancia de alguna de las partes, podrá decretar motivadamente en cualquier momento procedimental la participación del acusado o del imputado a través de videoconferencia, en los siguientes casos:

a) Cuando graves razones de seguridad o de orden público así lo aconsejen;

b) Supuestos de gran complejidad en los que la participación a distancia resulte necesaria para evitar retrasos en el procedimiento.

2. En todo caso, la resolución judicial por la que se apruebe esta modalidad de participación deberá ser puesta en conocimiento de todas las partes procesales con al menos diez días antes de la

intervención del imputado en la declaración que ha de prestar ante el Juez Instructor o antes de la primera audiencia del juicio oral.

3. El sistema de videoconferencia deberá ser en este caso necesariamente bidireccional ente la Sala de Audiencias y el centro penitenciario, para asegurar la efectiva y recíproca visibilidad de las personas presentes en ambos lugares y con la obligación de oír todo cuanto sea dicho en todas las ubicaciones. Si la medida es adoptada con respecto a diferentes imputados recluidos en centros diferentes, estos deberán a su vez estar comunicados entre sí para poder ver y oír las comparencias de todos los inculpados.

4. Entre Abogado defensor e imputado o acusado deberá existir una comunicación reservada y confidencial para llevar a cabo todas las consultas que se estimen necesarias, a través de los instrumentos técnicos idóneos.

5. El lugar en el que el imputado o el acusado comparecen audiovisualmente se equiparará a la Sala de audiencias.

6. Un secretario judicial deberá estar presente en el lugar en el que se encuentra el inculpado para certificar su identidad y dar fe, por un lado, de que todos los dispositivos funcionan correctamente sin ningún tipo de alteración, y por otro que no se ha interpuesto ningún impedimento ni limitación en el ejercicio de sus derechos o de las facultades que le correspondan.

7. Si a lo largo del procedimiento, el juez estimara indispensable, oídas previamente las partes, proceder a una actuación en la que fuera necesaria la presencia física del imputado o del acusado, así lo podrá acordar por el tiempo necesario para el cumplimiento del acto.

8. Contra el auto que rechace la participación a distancia a través de videoconferencia del imputado o acusado en el procedimiento penal no cabrá recurso alguno. No obstante, contra el auto que sí acuerde esta modalidad de participación podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta”.

En relación con la participación de testigos y peritos a través de videoconferencia proponemos la siguiente redacción:

“Participación a distancia de testigos y peritos.

1. Podrá acordarse por el Juez, de oficio o a instancia de parte, las declaraciones en la fase de instrucción o la comparecencia en la fase de juicio oral de testigos o peritos a través de videoconferencia en los siguientes supuestos:

a) En el caso de personas admitidas a programas de protección.

b) Testigos que a su vez ostentan la condición de víctima, y dado su frágil estado emocional como resultado del hecho

criminal, previo informe técnico-psicológico que aconseje, en aras a evitar al máximo de lo posible la llamada victimación secundaria, su comparecencia fuera de la sede del órgano jurisdiccional sin que exista confrontación con el imputado o el acusado.

c) Testigos y peritos cuya residencia se encuentre muy alejada de la sede del órgano jurisdiccional.

d) Cualesquiera otras situaciones que por razones de seguridad, utilidad u orden público, así se estimen.

2. En todo caso, la resolución judicial por la que se apruebe esta modalidad de participación deberá ser puesta en conocimiento de todas las partes procesales con al menos diez días de antelación a la intervención del testigo o perito ante el Juez Instructor o antes de su comparecencia en el Juicio Oral.

3. En los supuestos recogidos en las letras a) y b) del apartado 1 de este artículo, la comunicación será unidireccional con las siguientes particularidades:

a) En el supuesto de testigos o peritos protegidos, verán y oirán todo lo que acontezca en la Sala en la que se encuentra el Juez y las partes procesales, sin embargo desde esta última ubicación, sólo se podrá oír las declaraciones de los testigos y peritos. En el caso particular de testigos protegidos, no se captarán imágenes del imputado o acusado, para evitar que su testimonio se vea amedrantado por la imagen de los inculcados.

b) En el caso de testigos que a su vez ostentan la condición de víctima por razones desvictimación lo depuesto por el testigo será visto y oído por los componentes del Juzgado o Tribunal y por todas las partes procesales personadas en la Sala de declaraciones o de audiencia, pero la víctima únicamente oirá las preguntas que le planteen la acusación, la defensa así como aquéllas manifestaciones que le indique el Juez o Magistrados.

4. En los casos previstos en las letras c) y d) del apartado 1 de la presente disposición, la comunicación será bidireccional entre la Sala de Audiencias y el lugar habilitado para la comparecencia del testigo o perito, para asegurar la efectiva y recíproca visibilidad de las personas presentes en ambos lugares y con la obligación de oír todo cuanto sea dicho en todas las ubicaciones.

5. El lugar en el que los testigos o peritos comparecen audiovisualmente se equipará a la Sala de audiencias.

6. Un secretario judicial deberá estar presente en el lugar en el que se encuentran los deponentes para certificar su identidad y dar fe, por un lado, de que todos los dispositivos funcionan correctamente sin ningún tipo de alteración, y por otro que no se ha interpuesto ningún impedimento ni limitación en el ejercicio de sus derechos o de las facultades que les correspondan.

7. En el supuesto que por deficiencias técnicas insubsanables en un margen prudente de tiempo, que pudieran dilatar el proceso, si los testigos o peritos que iban a prestar testimonio a través de

videoconferencia, hubieran declarado en la fase de instrucción, se dará lectura a sus manifestaciones obrantes en autos, sometiéndose a la contradicción de las partes e introduciéndose de esta forma en el juicio oral como medio de prueba.

8. Contra el auto que acuerde la participación a distancia a través de videoconferencia no cabrá recurso alguno. No obstante, contra el auto que rechace esta modalidad de participación podrá interponerse en su día el recurso de casación, si se prepara oportunamente con la correspondiente protesta”.

Estas serían las propuestas que formulamos de regulación de la videoconferencia en la Ley que regule el procedimiento penal.

Partiendo de esta propuesta, de la regulación actual, y de los principios y derechos que pueden verse afectados por el empleo de este medio técnico en el proceso penal, estamos en condiciones de analizar todas aquéllas actividades procedimentales que se suceden en un proceso penal en las que sea susceptible de practicarse a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real, tema que a continuación analizaremos en el último capítulo de este trabajo, y que acto seguido pasamos a abordar.

CAPÍTULO TERCERO

UTILIZACIÓN PRÁCTICA DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL PROCESO PENAL

I. DIFERENTES USOS DE LA VIDEOCONFERENCIA EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES

El sistema de videoconferencia puede ser aplicado a un sinnúmero de actividades llevadas a cabo en el curso de un procedimiento penal en la medida que todas las actuaciones procesales de carácter personal son susceptibles de realizarse a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real.

Consecuentemente el abanico de posibilidades que ofrece la utilización de la videoconferencia en el auxilio de la práctica de diligencias de investigación y actos de prueba es muy extenso, pero se ha de compaginar adecuadamente con los principios y garantías procesales que hemos analizado en el capítulo anterior. Con todo, hemos de matizar que, si bien existe un gran número de actividades que pueden ser efectuadas a través de medios audiovisuales, la implantación de las nuevas tecnologías en los Juzgados y Tribunales españoles está más cerca de la utopía que de la realidad terrenal.

De este modo, podemos apreciar como los sistemas de videoconferencia están instalados y son utilizados a pleno rendimiento en los Juzgados y Tribunales de las grandes ciudades, pero, no se encuentran implementados en los Juzgados de los partidos judiciales que abarcan meramente poblaciones.

Este hecho suele provocar las protestas airadas de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al creer que el sistema de videoconferencia está instalado en todos los Juzgados, y comprobar que no pueden comparecer a través de videoconferencia por lo que han de desplazarse a los mismos, con todos los inconvenientes que ellos les genera, dado el gran volumen de trabajo que deben realizar día a día; esta situación unos años atrás sería la más natural, pero una vez testado por los agentes de la autoridad el uso de la videoconferencia, y los grandes beneficios que les reporta, no comprenden cómo no están instalados en todos los órganos jurisdiccionales. Máxime si tenemos en cuenta el actual sistema de recorte presupuestario que también está afectando a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la medida que se han reducido su número de miembros⁶⁰⁹.

A todo ello, se debe añadir otro inconveniente más el déficit de sistemas de videoconferencia en Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Al carecerse en estos de este sistema, el devenir del proceso se verá más que comprometido, y con un mayor porcentaje de probabilidad de que los procedimientos iniciados para la

⁶⁰⁹ Información consultada en: <http://www.lne.es/sociedad-cultura/2012/12/07/menos-policias-con-menos-medios-y-peor-pagados/1337978.html> (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2012), teniendo en cuenta que esta situación de recortes y disminución de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no se ha resuelto en la actualidad, agravándose incluso aún más si cabe como consecuencia de la política de recortes y de austeridad impuesta por el actual ejecutivo a instancias de la Unión Europea.

instrucción y posterior enjuiciamiento de los delitos de violencia de género principados en este juzgado, ya que como se verá cuando analicemos los supuestos de violencia de género, el sistema de videoconferencia se muestra como una herramienta eficaz a la hora de conseguir una declaración inculpativa de la víctima sobre su agresor, y en consecuencia que el juicio se lleve a cabo, y con ello una sentencia inculpativa; en este tipo de delitos cometidos en la esfera intrafamiliar, en múltiples ocasiones, sin la declaración inculpativa de la víctima no se podrá continuar el proceso, al no existir más pruebas que puedan desvirtuar la presunción de inocencia del imputado-acusado.

Esta precariedad tecnológica en los Juzgados y Tribunales españoles, sobre todo, de las demarcaciones judiciales metropolitanas y rurales, tiene su origen en la nefasta y descoordinada inversión que se ha realizado por parte de las distintas Administraciones.

Es cierto que en materia de justicia no se ha invertido todo lo que se debía, pero también lo es que sí se han consignado una serie de partidas económicas destinadas a la modernización de la Administración de justicia. Estas partidas económicas, con una dotación presupuestaria bastante cuantiosa, debido a que las infraestructuras de la Administración de justicia es un competencia cedida a la Comunidad Autónomas, los diferentes gobiernos autonómicos han sido los encargados de gestionar esas partidas

presupuestarias en la correcta renovación y modernización de los Juzgados y Tribunales. Sin embargo, esa gestión lejos de realizarse correctamente, sencillamente no ha tenido lugar, pues se ha destinado ese dinero a otros ámbitos muy diferentes del que era su objetivo⁶¹⁰.

De este modo, en el debate sobre la modernización de la justicia, entra de lleno la cuestión del Estado autonómico, sus competencias y su gestión económica. Los gobiernos autonómicos –sin excepción alguna- han olvidado que las Comunidades Autónomas son entes territoriales que conforman el Estado, es decir, han de mirar por los intereses generales del mismo; sin embargo, éstos no cesan de requerir al gobierno central fondos presupuestarios, los cuales, una vez concedidos, son administrados pésimamente, y destinados a otros conceptos muy diferentes para los que se solicitó.

En este sentido, una reestructuración del sistema de financiación y de competencias autonómico e incluso local, es del todo necesaria, y en el concreto caso de las competencias atribuidas en Administración de justicia, habría que replantearse si los temas relacionados con este ámbito deberían ser regidos por las Comunidades Autónomas. Dada la descoordinación entre las

⁶¹⁰ No sólo en este ámbito sino en otros muchos. De ahí la grave crisis económica que estamos padeciendo, pues uno de sus principales factores ha sido la corrupción y la malversación de caudales públicos desviados a paraísos fiscales.

diferentes administraciones territoriales y el pésimo manejo de los entes autonómicos de los fondos económicos destinados para administrar este tipo de competencias, habría que replantearse en nuestra opinión, un retorno a la gestión central de la Administración de justicia, con tal de que ésta sea efectivamente gestionada, y por ende, modernizada, con el fin de disfrutar de una justicia ágil y eficiente.

Ante este panorama, ciertamente triste, pero por desgracia real, un gran número de las actividades procesales que vamos a analizar susceptibles de ser practicadas a través de videoconferencia, no podrán ser efectuadas, en algunos casos al carecer los órganos jurisdiccionales de un sistema de videoconferencia, y en otros casos –los menos- por las reservas y los celos que poseen los instructores y los juzgadores en el empleo de las nuevas tecnologías.

Todo ello lo vamos a apreciar a continuación, al analizar todos aquéllos aspectos prácticos en los que sea susceptible de emplearse el sistema de videoconferencia como método de auxilio en la práctica de las diligencias de investigación y actos de prueba.

1. COMPARECENCIA DE LA PARTE PASIVA DEL PROCESO:
IMPUTADOS Y ACUSADOS

Desde el conocimiento de una noticia criminal, a través de una denuncia, una querrela o incluso iniciado un procedimiento de oficio –más inusual, pero no por ello imposible-, se iniciará la fase de instrucción en la que se intentará esclarecer si los hechos que están siendo analizados por el instructor son constitutivos de delito o no.

Esta fase preliminar, puede iniciarse sin que exista ninguna imputación, pero a partir de determinado momento procesal o se efectúa una imputación formal, o la causa se debe archivar; y justamente en el momento en el que se atribuya a una persona, la comisión de un hecho aparentemente delictivo, se le debe informar que ha adquirido tal condición (art. 118 LECrim).

Esta imputación tendrá como consecuencia la obligación por parte del instructor de realizar una serie de diligencias para adquirir un conocimiento primario de los hechos, en la que destacará la declaración del imputado; la adquisición de éste de la condición de parte y por tanto podrá ejercer el derecho de defensa consagrado en el art. 24.1 CE en los términos establecidos en los actuales arts. 118, 767 y 796.1.2^a LECrim; y se podrán adoptar las medidas cautelares necesarias tanto para asegurar la presencia física del imputado ante el Juez –prisión preventiva y libertad provisional

bajo fianza- como para hacer frente a las posibles responsabilidades civiles derivadas del delito.

Tras esta imputación en un sentido *lato*, vendrá la imputación formal, esto es, al apreciarse la existencia de indicios racionales de responsabilidad criminal, en virtud del principio acusatorio se solicitará por alguien distinto del Juez –Ministerio Fiscal y acusado particular principalmente, más dudoso será que pueda hacerlo la acusación popular- la apertura de juicio oral –siempre y cuando no concurren causas que provoquen el sobreseimiento o falte algún presupuesto procesal material-.

Una vez iniciada la fase de plenario, nos encontramos en un momento procesal en el que las partes activas han de formular la acusación, quedando absolutamente delimitado su ámbito objetivo y subjetivo. De esta forma, el órgano enjuiciador quedará informado sobre las actividades punibles que supuestamente se han llevado a término, sus consecuencias civiles y penales y sobre quién se sospecha que es su autor. En consecuencia, no sólo el juez quedará instruido del objeto del proceso sino que el acusado podrá armar su defensa con base en los escritos de acusación.

En esta tesitura, se puede apreciar como el imputado y el acusado, son la única parte procesal que litiga en un sentido estricto por un derecho propio –en la medida que el Ministerio Fiscal y en su caso la acusación popular, no son titulares de ningún bien jurídico protegido, y en los supuestos de personación del ofendido

o perjudicado por el delito en el proceso, éstos no comparecerán para defender un derecho propio, sino para pedir un resarcimiento por la vulneración de un derecho objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico-, habida cuenta que en la futura resolución final del juez estará en juego uno de los derechos más preciados de todo ser humano: la libertad.

De ahí que la persona contra la que se siguen determinadas actuaciones procesales o el individuo que es objeto de enjuiciamiento no se puede calificar como un mero interviniente del proceso, sino que realmente es su principal protagonista, ya que sin él no existe proceso; por ello, su presencia en todas y cada una de las actuaciones procesales que se lleven a término, no será potestativa sino contingente.

Con todo, en aplicación de los arts. 325, para la fase investigación, y 731-bis LECrim, para la fase de juicio oral, razones de utilidad, seguridad u orden público, podrían ser la base para que esa presencia física del imputado o acusado pasara a ser presencia virtual, por cuanto el juez decidiera acordar su participación a distancia a través de videoconferencia en las diligencias de investigación que se deban llevar a término, e incluso no estancarse sólo su empleo en la fase sumarial, sino también extenderse a la de juicio oral, al decretarse el uso de la videoconferencia para que el acusado siga su propio juicio en sede

distinta a la Sala de vistas. Regulación ésta, sin embargo, que en absoluto ofrece variación alguna respecto del art. 121 TACPP.

A) *Razones de utilidad*

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto de manera expresa situaciones en las que la preceptiva asistencia del imputado-acusado en el proceso puede tener una serie de excepciones, al permitirse la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado, ausencia que puede ser total o parcial. El art. 786.1 LECrim habilita la opción de celebrar el juicio oral, e incluso dictar sentencia, sin la presencia del acusado, en aquellos supuestos en los que la pena privativa de libertad aparejada al delito que se está enjuiciando no exceda de dos años de prisión o en su caso de seis, si se tratara de una pena de distinta naturaleza, siempre y cuando en su primera comparecencia fuera requerido a los efectos de designar un domicilio para notificaciones o una persona que las recibiera en su nombre, y se le hubiera advertido de que la notificación hecha en tal domicilio o a aquella persona autorizan su enjuiciamiento en ausencia (art. 786.1 en relación con el art. 775 LECrim).

Así mismo, en relación con el juicio de faltas, si el denunciado residiera fuera de la demarcación del Juzgado, éste no tendrá la obligación de concurrir al acto del juicio, y se podrá dirigir al Juez, para bien a través de escrito, bien por medio de abogado o

procurador, realizar todas las alegaciones oportunas en su defensa así como todas las pruebas de descargo que pudiera presentar su representante (art. 970 LECrim).

Junto a estas dos formas de celebración de juicios en ausencia total del acusado⁶¹¹, existe otro modo de celebración sin la presencia del inculcado en el acto de juicio oral, si bien su no comparecencia no será de manera absoluta, sino simplemente física, ya que sí presenciará su propio juicio, pero de una forma diferente a la habitual, esto es, no lo hará físicamente sino virtualmente. Así viene previsto en el art. 731-bis LECrim, cuando por razones de utilidad, seguridad u orden público lo aconsejen, el acusado podrá comparecer en la Sala de Vistas a través de videoconferencia, sin resultar necesaria su presencia física.

Precisamente, por razones de utilidad, en la medida que el art. 731-bis LECrim posibilita esta forma virtual de comparecencia del acusado, entendemos que en la práctica, si bien el precitado artículo hace referencia al procedimiento abreviado, y el art. 970 al procedimiento de faltas, creemos que en los supuestos enmarcados en dicho art. 970, el acusado en lugar de dirigirse al juez a través de un escrito alegando su defensa o por medio de abogado o procurador, se debería ofrecer la posibilidad de comparecer en el

⁶¹¹ Regulación mantenida en el borrador de Código de Proceso Penal, cfr. arts. 52 y 54. Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014).

juicio de faltas a través de videoconferencia, independientemente de que está asistido o no por abogado que le defienda.

En este contexto de posible celebración de un juicio en ausencia del acusado, por tratarse de una situación conocida y aplicada por nuestros operadores jurídicos de manera continuada, creemos que en las tan aludidas razones de utilidad se puede fundamentar la sustitución del art. 970 por el art. 731-bis LECrim, y lograr de este modo un procedimiento más completo, al hallarse presente todas las partes integradoras del mismo.

Razones de utilidad también serán determinantes a la hora de aplicar el art. 731-bis LECrim en aras a solventar ciertos desaguisados que se producen en el traslado del recluso o detenido al juzgado de instrucción que ha de tomarle declaración, nos estamos refiriendo a aquéllos supuestos, que se producen con cierta asiduidad, en los que los agentes encargados de custodiar a los imputados se equivocan de órgano jurisdiccional y lo conducen a un juzgado que no es el competente para realizar el interrogatorio del presunto autor del delito o de testigos que se hallan cumpliendo condena en un centro penitenciario.

En estos casos, y ante los problemas que conlleva que el hecho de no comparecer el imputado a su hora en el juzgado en el que había sido citado, y su traslado al mismo se demoraría muy considerablemente, en ese caso, se puede realizar una comparecencia del imputado por videoconferencia desde el juzgado

al que se llevó por error, cumpliendo así con la orden de citación del juez instructor encargado del asunto.

En cualquier caso, en estos supuestos quién tendrá la última palabra será el juez, quién deberá sopesar de manera proporcional y razonada si ante situaciones como las que acabamos de describir, la videoconferencia se muestra útil para subsanar ciertos inconvenientes que generan la incomparecencia del imputado o del acusado, sobre todo cuando nos hallamos en situaciones cuya ausencia ha venido provocada por causas ajenas a su voluntad.

En este orden de cosas, como ya hemos puesto de manifiesto *ut supra*, la continuación del procedimiento en ausencia del encausado por encontrarse enfermo, tal y como se está barajando en el art. 472.1.2º in fine al disponer que: “No se suspenderá el juicio por la incomparecencia o enfermedad de alguno de los encausados debidamente citados si el Tribunal entiende, con audiencia de las partes, que existen elementos para juzgarles con independencia”. Si pueden comparecer a través de videoconferencia, se podría salvar esta posible incomparecencia. En caso de que no sea susceptible ni tan siquiera su participación a distancia, no sería susceptible de aplicarse nunca el contenido de este precepto, por ser netamente inconstitucional (art. 24 CE). Un juez no puede discrecionalmente determinar si existen elementos para juzgar al encausado con independencia. Éste siempre ha de estar presente en su propio juicio como un elemento más de su

derecho de defensa (en línea con la STS núm. 678/2005, de 16 de mayo⁶¹²).

B) Razones de seguridad o de orden público

Como hemos señalado, en el momento en el que se inicia un proceso penal, y existe una imputación aunque sea liviana, puesto que aún no se ha solicitado la apertura de juicio oral, se puede decretar como medida cautelar la prisión provisional, concurriendo los siguientes presupuestos del art. 503 LECrim: riesgo de fuga del imputado; posibilidad de ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento; o actuar contra bienes jurídicos de la víctima, y muy especialmente contra víctimas de violencia doméstica⁶¹³.

Esta medida debe cesar y dejar de desplegar sus efectos, cuando los motivos que originaron la toma de esta decisión hayan finalizado, sin embargo, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad del individuo y a su posible riesgo de fuga, iniciada la

⁶¹² BDA RJ 2005\6586. Recordemos brevemente que el Tribunal Supremo casó la sentencia de primera instancia por haber infringido la participación en el juicio a través de videoconferencia de los acusados desde el centro penitenciario en el que se encontraban reclusos, entre otras cuestiones, el derecho de defensa, al no hallarse comunicados debidamente con su Abogado defensor.

⁶¹³ En el TACPP se añade a los ya dichos un nuevo elemento para decretar la prisión provisional en su art. 154: “ neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro”. Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

fase de juicio oral, momento procesal en el que el imputado pasa a ser acusado, esta medida cautelar tan restrictiva de derechos como es la prisión preventiva, es susceptible de seguir manteniéndose.

En estos casos, atendiendo a razones de política criminal en torno a determinadas conductas humanas, como es la peligrosidad de un individuo, que pudieran comprometer la seguridad ciudadana se puede acordar la comparecencia del imputado o acusado en virtud de los arts. 325 y 731.bis LECrim por medio de videoconferencia⁶¹⁴.

- a) Imputados y acusados en situación de prisión preventiva o cumpliendo condena en un centro penitenciario

Las penas castigan y las medidas cautelares previenen; ambas vienen concebidas como un mal necesario para garantizar la paz social, cuya necesidad explica su adopción por parte del órgano judicial decisor. En la medida que el castigo o la prevención consistan en la privación de libertad del condenado o del imputado-acusado, cobra protagonismo su nuevo estatus de reo encarcelado o de preso preventivo, es decir, de internos penitenciarios.

⁶¹⁴ En el art. 584.1 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011 se proscribía tajantemente que se tomase declaración al imputado a través de videoconferencia, afortunadamente en las opciones que se están barajando para el futuro Código de Proceso Penal no se elimina esta posibilidad, si bien, de momento no aborda la regulación de las lagunas que genera la actual normativa sobre esta materia.

Una vez ingresado en prisión, y adquirido esta nueva condición penitenciaria, se ha de tener en cuenta que su participación en la vida pública y en el área procesal va a quedar regida en su totalidad por un reglamento de carácter administrativo, el cual establecerá todas y cada una de las normas aplicables a todas las pautas realizadas por el preso.

En la realización de las actividades del interno, en determinadas situaciones, los medios audiovisuales se mostrarán como un elemento auxiliador en la práctica de estas actividades, y precisamente por esta razón se está llevando a término la instalación del sistema de videoconferencia en todos los establecimientos penitenciarios, para facilitar la práctica de diligencias judiciales a los órganos judiciales, potenciar las comunicaciones de los internos con sus familiares y personas allegadas, así como desarrollar las consultas médicas entre los distintos centros sanitarios, ya sean públicos, privados o penitenciarios.

a') Comunicaciones personales

Los internos están autorizados para comunicarse periódicamente, de forma oral o escrita y en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo aquellos casos

en los que se haya decretado por parte del juez prisión comunicada (arts. 51.1 LGP y 41 RGP). Este derecho a comunicarse viene garantizado en la CE, no tanto como la expresión genérica del art. 18.3 CE –aunque también es aplicable a este derecho-, sino más bien como derecho fundamental del recluso al desarrollo de su personalidad consagrado en el art. 25.2 CE. Gracias a las comunicaciones, el preso no queda reducido exclusivamente al mundo carcelario y se le permite relacionarse con el exterior, dado que este derecho tiene una incidencia sustancial en el desarrollo de la personalidad de los internos. Por ello, adquiere un gran relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad establecida, en relación con las penas privativas de libertad, en el primer inciso del art. 25.2 CE, esto es, la reinserción social. De este modo, mediante la comunicación del interno con otros sujetos ajenos al mundo carcelario, éste no se encuentra aislado y encasillado en el ámbito correccional, y gracias a esa relación con el exterior de la cárcel, se le está preparando para afrontar su futura vida en el seno de la sociedad una vez recupere su estatus de libertad⁶¹⁵.

La razón de ser de la actividad penitenciaria, obedecería en principio a la reeducación y reinserción social de los internos recluidos en los centros correccionales. Decimos, en principio,

⁶¹⁵ SSTC núm. 175, de 27 de octubre de 1997 (BDA RTC 1997\175) y núm. 200, de 24 de noviembre de 1997 (BDA RTC 1997\200).

porque si bien éste ha de ser su objetivo principal, lamentablemente la política penitenciaria se aleja mucho de este alcance y se aproxima más bien a un mero control de seguridad de los centros. Ello obedece en gran medida, a la escasa inversión realizada en políticas reinsercionadoras y reeducativas en la medida que este tipo de políticas gubernamentales provocan el rechazo de la ciudadanía amén de tener un bagaje negativo a la hora de poder vender su logros de cara a unos comicios, pues sus primeros frutos, esto es, la reducción de la delincuencia, no maduran en breve, sino que son visibles a largo plazo.

No obstante, manteniendo la fe de que la reeducación y la reinserción social son posibles, y para potenciar precisamente ambos fines, es necesario aprovechar y potenciar los recursos que las nuevas tecnologías nos ofrece, en especial en el ámbito de las telecomunicaciones.

Si tenemos presente que los contactos de los reclusos con el mundo exterior son imprescindibles a la hora de lograr su integración social, estos se podrán llevar a cabo a través de las nuevas tecnologías, y muy especialmente, por medio de videoconferencia, cuando de otro modo no se pudieran realizar.

Precisamente, en apoyo de este razonamiento, la Instrucción Instituciones Penitenciarias núm. 2, de 30 de enero de 2007⁶¹⁶, sobre implantación del sistema de videoconferencia en los centros

⁶¹⁶ EDL 2007/337875.

penitenciarios, permite en aquellos supuestos en los que conste de forma acreditada y fehaciente la imposibilidad de celebrar comunicaciones personales de carácter ordinario entre interno y familiares o allegados íntimos, previa solicitud del recluso, la posibilidad de realizar dichas comunicaciones a través de videoconferencia. Sin embargo, estos contactos virtuales vienen limitados por la mentada Instrucción a familiares y allegados íntimos. En consecuencia, la comunicación a través de videoconferencia quedaría descartada con sus abogados, extremo con el estamos en total desacuerdo.

Tan importante es mantener una comunicación con el exterior de cara a su reinserción social como la comunicación con letrado que defiende de cara a preparar su derecho de defensa y a conocer todos aquéllos derechos que le asisten.

Si por determinadas circunstancias, no se pudiera mantener la entrevista personal oportuna entre interno y su abogado de confianza de manera física, en casos extremos, en los que cualquier incidente impida llevar a cabo tal entrevista, ésta debería ser garantizada a través de videoconferencia. No es una cuestión atópica, piénsese por ejemplo en las inclemencias meteorológicas, en aquellos lugares en los que dada su latitud son propicias las nevadas y con ello el corte de carreteras que hagan imposible llegar al Letrado al centro penitenciario a pocos días de la comparecencia

del imputado ante al Juez o de la celebración de la sesión de vistas, y por ende, preparar de manera poco adecuada la defensa.

Se podría objetar a este respecto, que la LGP ya permite la comunicación de manera telefónica, pero si con las nuevas tecnologías podemos hacer que abogado y cliente se vean cara a cara, al menos podremos personalizar en la medida de lo posible el asesoramiento, máxime cuando estemos tratando de presos que acuden al turno de oficio, en su mayoría muy recelosos en cuanto a su defensa, aportando al menos ese pequeño granito para que reo y abogado sienten las bases de una futura confianza. Y no sólo sentar una confianza personalizada entre letrado y cliente, sino también practicar las declaraciones de los imputados y acusados en sus comparecencia ante el Juez, teniendo presente que la credibilidad y veracidad de sus palabras, no sólo se valorará en relación a su declaración literal, sino también sobre la base de la comunicación no verbal, es decir, en relación con los gestos y con la estampa que refleje su imagen. Para ello, también ha de practicar con el letrado este extremo como método integrante de su defensa.

Como hemos comentado, del sentido literal de la Instrucción de Instituciones Penitenciarias núm. 2, de 30 de enero de 2007, se extrae que esta comunicación a través de videoconferencia entre abogado e interno no podría mantenerse, salvo que entendamos dentro del concepto genérico de allegados íntimos se incluyera también el Letrado que le defienda. Sin embargo, si se hubiera

pensado por Instituciones Penitenciarias que dicha comunicación podría ser factible de realizarse también entre abogado y cliente, ésta hubiera incluido dentro de la citada Instrucción el término Letrado.

Como este no es el caso, en principio se debe partir que con base en la norma citada no se podría establecer ese contacto bidireccional entre abogado e interno, pero por otro lado ni la LGP ni su Reglamento de desarrollo lo prohíben. Simplemente hablan de comunicación escrita u oral. En consecuencia, ante este vacío legal y en garantía del derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución, entendemos que atendiendo a situaciones adversas que impidan una entrevista que por razones de estrategia procesal relacionadas con el derecho de defensa y de asistencia letrada no puedan ser aplazadas, es obligatorio permitir la reunión por videoconferencia entre abogado e interno en centro penitenciario, pues lo contrario, negar esta petición del letrado o del recluso, implicaría vulneración del derecho de defensa y de la asistencia letrada consagrados ambos en el art. 24.2 CE.

Está claro que todas las comunicaciones de los internos realizadas a través de videoconferencia han de efectuarse a través de las más estrictas medidas de seguridad.

Para tal fin, la Instrucción núm. 2 de 30 de enero de 2007, prevé para el caso de las comunicaciones con los familiares y allegados íntimos las siguientes normas:

- a. En primer lugar, el centro penitenciario deberá comprobar que no ha realizado ningún tipo de comunicación, al menos en los últimos cuatro meses, y que la prisión más próxima a la residencia familiar dispone de sistema de videoconferencia. De permitirse esta forma de contacto, sólo podrá hacer cada cuatro meses y por un periodo de tiempo no superior a 15 minutos.
- b. Una vez comprobados ambos extremos, el centro contactará, a través de los servicios sociales, con la familia y con el centro penitenciario donde se desplazará ésta, para la realización de la comunicación, a fin de concretar día y hora en la que tendrá lugar la celebración de la misma.
- c. Si la verificación de los datos anteriores son positivos se remitirá el expediente al Área de Régimen de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria, con el correspondiente acuerdo de aprobación del Consejo de Dirección del centro donde este destinado el interno, para su autorización. El mentado acuerdo deberá contener obligatoriamente: certificación de no celebración de ningún tipo de comunicaciones con familiares y allegados íntimos en los últimos cuatro meses; Informe social de residencia de los familiares o allegados íntimos y motivos que les impiden desplazarse para poder celebrar las

comunicaciones ordinarias establecidas; nombres y apellidos de los comunicantes; fecha y hora en la que tendrá lugar la comunicación; y certificación de que dicha comunicación ha sido aceptada por el centro penitenciario, desde donde se establecerá la comunicación con la familia. Sin la autorización del Centro Directivo, nunca podrá celebrarse este tipo de comunicaciones.

Con todo, las medidas de seguridad no han de proyectarse únicamente sobre los reclusos, sino también en relación con el personal que trabaja en el centro, con el fin de asegurar el secreto de las comunicaciones entre interno y su contertulio.

La citada Instrucción, no agota la posibilidad de realizar comunicaciones por videoconferencia entre el preso y sus familiares y personas más allegadas, sino que extiende su ámbito a las consultas médicas. La condición humana lleva aparejada por desgracia para todos nosotros, sin excepción alguna, la posibilidad de padecer cualquier tipo de enfermedad, desde la más leve a la más grave, pasando por las de carácter crónico. Por ello, un interno puede necesitar la valoración, control o seguimiento de algún facultativo cuya especialidad no sea desempeñada por ningún miembro del personal sanitario de la prisión. Por estrictas razones de seguridad y de utilidad, en lugar de efectuar un traslado hasta el centro de salud u hospital correspondiente del interno, cuando no

sea necesaria ninguna prospección médica en el cuerpo del paciente recluido, se puede realizar dicha consulta a través de medios audiovisuales en tiempo real, si bien al igual que en el caso de las comunicaciones con familiares y allegados es necesario que se cumplan los siguientes extremos:

- a. Deben existir sistemas de videoconferencia compatibles entre los centros penitenciarios y los centros sanitarios de la red pública, centros sanitarios privados o entre centros penitenciarios entre sí.
- b. Se deberá en todo momento asegurar la confidencialidad de la comunicación tal y como corresponde a una consulta sanitaria.
- c. Ha de existir un consentimiento expreso y voluntario del interno a realizar esta consulta virtual, y antes de prestar dicho consentimiento se le deberá explicar las características que entrañan este sistema de consultas.
- d. Para la realización de estas consultas, se podrá contar con el apoyo del personal sanitario del centro penitenciario de igual manera que si se tratase una consulta habitual.
- e. Y por último, señalar que las consultas por videoconferencia se realizarán, siempre que sea posible y con el objeto de facilitar y mejorar la asistencia sanitaria de los internos, haciéndola más accesible a los mismos,

previa autorización de la Subdirección General de Sanidad, de acuerdo con las propuestas formuladas por los responsables del área sanitaria de los centros penitenciarios.

b') Práctica de diligencias judiciales y actos de prueba

En la fase sumarial, el imputado debe prestar tantas declaraciones como estime conveniente el Juez de Instructor para el esclarecimiento de los hechos (art. 385 LECrim)⁶¹⁷. Ante el hecho de haber acordado la prisión provisional, razones evidentes nos muestran que estaríamos ante una persona que pesa la condición de preso peligroso. Por tanto, bajo el escudo de las razones de seguridad, podría resultar muy conveniente que todas estas declaraciones se efectuaran a través de videoconferencia desde el establecimiento penitenciario en aras a evitar posibles riesgos de fuga en su traslado, así como problemas de orden público.

Estos son los motivos que han utilizado un gran número de jueces instructores a la hora de decretar la toma de declaraciones de

⁶¹⁷ Regulación que se mantiene en el borrador de Código de Proceso Penal, si bien, las declaraciones se realizarán ante el Fiscal dado que será el Ministerio Fiscal quién asuma la labor de investigación en la fase de instrucción, cfr. en este sentido los arts. 260 y ss. Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

los imputados a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real.

En este sentido se puede destacar, por su actuación innovadora, al emplearse la videoconferencia, como por su relevancia, por tratarse del peor atentado terrorista que ha sufrido España y Europa, la instrucción llevada a término por el Magistrado Don Juan del Olmo, en el proceso penal abierto por los atentados terroristas de 11 de marzo de 2004 en Madrid, en el que tomó declaración a uno de los sospechosos por videoconferencia, en concreto a Rabie Osman, alias “El Egipcio”, ya que al hallarse éste cumpliendo condena en una prisión de Italia, su traslado a España, se aventuraba cuanto menos muy peligroso, dada la capacidad de organización de Al-Qaeda de cualquier maniobra operativa, no exento de grave riesgo para las autoridades encargadas de la custodia, en dicho traslado con el fin de liberar a su integrante y hacer propaganda de su operativo paramilitar⁶¹⁸.

Debemos recordar que en el caso de que se habilite esta deposición por comunicación bidireccional de la imagen y el sonido con el Juzgado de Instrucción, deben en todo momento garantizarse sus derechos como imputado, y no olvidemos que entre ellos se halla, el de la asistencia letrada en la toma de sus

⁶¹⁸ Diario El País de 6 de junio de 2006, disponible en:
<http://www.elpais.com> (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007).

declaraciones [art. 520.2.c) LECrim, en relación con el art. 17.3 CE].

Esta misma situación es perfectamente trasportable a la fase de plenario. Es decir, el acusado sigue en prisión preventiva, o se halla recluso cumpliendo otra condena, y en atención a razones de seguridad, peligrosidad y orden público, pueden motivar la adopción de una medida, que realmente tiene una naturaleza cautelar aunque estemos en la fase de juicio oral, que no es otra que el seguimiento por parte del acusado de su propio juicio a través de videoconferencia desde el centro penitenciario en el que se encuentra recluso. Los fundamentos para que el acusado siga el juicio o preste declaración a distancia, atesoran una gran dosis de razonabilidad y obiedad, pero tal y como hemos analizado se plantea una cuestión bastante controvertida y conflictiva en relación con derecho de defensa y con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Nuestra conclusión ha sido clara, sin las garantías adecuadas, se vulnera el derecho de defensa, y el Tribunal Supremo, que a fin de cuentas es quién gobierna en la aplicación práctica del Derecho, existe una negativa muy tajante en cuanto a la participación a distancia del acusado a través de videoconferencia en el juicio oral. Es por ello, que si bien en el resto de actuaciones procesales, el uso de este medio de telecomunicación se halla en auge, desde la sentencia del Tribunal Supremo que casó el fallo de la Audiencia

Provincial de Alicante sobre el “motín de Fontcalent”, no se ha producido en España un juicio en el que los acusados sigan su desarrollo desde los centros penitenciarios en el que se encuentran en situación de prevención.

Siguiendo con el ejemplo que acabamos de citar del proceso penal sobre los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid, el Tribunal enjuiciador de dichos atentados declinó la posibilidad que le otorgaba la LECrim de no trasladar a España a Rabei Osman, “El Egipcio”, y que siguiera el desarrollo de las sesiones desde el centro en el que se encontraba cumpliendo condena en Italia. Por ello, pese a que este caso existían sobradas razones de seguridad, utilidad y oportunidad para que el acusado asistiese desde la prisión de Italia a su juicio, se solicitó por este tribunal a las autoridades italianas que le trasladase a Madrid para que asistiera personal y físicamente a su juicio celebrado en la Audiencia Nacional.

Ante idénticas situaciones en un mismo proceso, en la fase de instrucción se acuerda su uso para la toma de declaraciones, pero en la de juicio oral, ante el temor de un posible recurso al Tribunal Supremo, que de conformidad con su doctrina, casara por vulneración de precepto constitucional un fallo condenatorio de la Audiencia Nacional, se optó por prescindir de la participación virtual, en beneficio de la participación física y en detrimento de la seguridad en el traslado del preso. No creemos, que esta decisión se

debiera precisamente a un criterio excesivamente garantista del tribunal enjuiciador, pues, sin embargo, el mentado acusado sí siguió a través de videoconferencia desde Italia la lectura del fallo del tribunal⁶¹⁹, si aquella decisión hubiese sido dictada desde una postura excepcionalmente garantista, esta postura hubiera también determinado que el acusado debería estar presente en la lectura de la sentencia.

Pese a no aplicarse actualmente esta posibilidad de participación virtual del acusado en la fase de plenario, se trata de una posibilidad que sigue en el aire, que aún no se ha evaporado, y que sólo es cuestión de tiempo que algún juez o tribunal valiente y emprendedor decida ponerla en práctica, salvando los errores que se cometieron en el juicio sobre el motín de Fontcalent, compatibilizando derecho de defensa con seguimiento del acusado por videoconferencia. De hecho, la Instrucción de Instituciones Penitenciarias núm. 2, de 30 de enero de 2007, refleja esta eventualidad y recoge la posibilidad de empleo de videoconferencia, no sólo en relación con la práctica de diligencias judiciales sino también en lo referente a la celebración de juicios, estableciendo que en todo caso se deberá prestar desde los centros

⁶¹⁹ Información consultada en Diario Público, disponible en: <http://www.publico.es> (fecha de consulta: 9 de diciembre de 2007).

penitenciarios la máxima colaboración de su personal que pueda ser requerida por los órganos judiciales.

La instrucción acabada de citar no distingue entre testigos-reclusos e imputado-acusados internos; por lo que, se entiende que hace referencia a todos ellos y por tanto da vía libre a la celebración de juicios en ausencia física de acusado, que participa en éstos virtualmente a través de videoconferencia. Justamente en esa distinción entre testigo-recluso e imputado-acusado interno, habría que ahondar en aquél supuesto en el que un mismo sujeto puede reunir la condición de testigo y la de imputado-acusado al mismo tiempo, y para rizar aún más el rizo, que además tuviera también la condición de testigo protegido. Este último supuesto lo analizaremos más adelante cuando tratemos precisamente el caso especial de los testigos protegidos. Pero en lo concerniente a la condición de testigo e imputado-acusado, se nos plantea la duda de si rigen las mismas garantías y el mismo procedimiento en la comparecencia por videoconferencia tanto si lo hace en calidad de testigo como si lo hace en calidad de imputado-acusado, o por el contrario, al declarar en un estatus jurídico diferente, dichas garantías se ven mermadas cuando se presenta como un mero testigo.

En principio no existiría ningún tratamiento jurídico diferente entre el “imputado-testigo” y el “imputado-acusado”, ya que al existir una acusación contra ellos, en España, aún cuando el

coimputado o coacusado declare sobre hechos que conoce del asunto que se está enjuiciando, hechos sobre los que él no participó, es decir, el llamado “testimonio impropio”, no tiene obligación de decir la verdad.

Esta es la postura que se mantiene en el TACPP al disponer su art. 373 que el encausado que a su vez fuese testigo tendrá derecho a guardar a silencio y a no declarar contra sí mismo⁶²⁰. Si el imputado, en principio, desde un punto de vista legal, se le impusiera el deber y la obligación de actuar con probidad y en consecuencia, decir la verdad, se le estaría exigiendo que renunciase a la defensa de su vida o libertad, lo cual resultaría una exigencia del todo irracional. Además, la sujeción del imputado al deber u obligación de decir la verdad resulta *contra naturam*, desde el mismo momento en el que trata de defenderse⁶²¹.

A simple vista del art. 387 LECrim parece desprenderse la obligación del imputado de decir verdad durante la fase de instrucción al establecer este precepto que: “*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*”. Sin embargo, el imputado no

⁶²⁰ Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

⁶²¹ ROMERO COLOMA, A.M., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, ed. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2009, pp. 31-32.

está obligado en ningún momento a decir la verdad, al no venir prevista en ninguna norma una sanción por tal incumplimiento, como sí sucede por el contrario, en relación con los testigos, al punirse como delito el falso testimonio (arts. 458 y 460 CP)⁶²².

En definitiva, el imputado, aun cuando en el relato de los hechos que esté haciendo no haya intervenido en ellos, sino el resto de coimputados, sobra la base de su derecho de defensa, puede faltar a la verdad con tal de lograr una sentencia favorable exculpatoria. Por tanto, el derecho de defensa, englobaría un derecho realmente controvertido, a decir de ROMERO COLOMA, en principio inadmisibles en nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal Penal, pero que dada la práctica forense, parece claro que se ha instaurado en nuestro sistema, y no es otro que el derecho que asiste al imputado-acusado a la falsedad, como herramienta integrante del derecho de defensa⁶²³.

No obstante, el instructor ha de inferir de las declaraciones del imputado si este está faltando a la verdad, o de su relato fáctico se puede extraer que todo lo que detalla tiene visos de ser verídico. Para ello, precisamente el interrogatorio no se hace sin más sino que existen una serie de técnicas para intentar socavar del

⁶²² Manteniéndose esta regulación en el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

⁶²³ ROMERO COLOMA, A.M., *El interrogatorio del imputado...*, cit., p. 32.

interrogado toda la información posible a fin de contrastar su relato como verídico o no.

La información que recibe el instructor ha de ser evaluada y digerida de conformidad con los siguientes parámetros: el grado de veracidad, el grado de error, la exactitud y la carga afectiva⁶²⁴. A la hora de contrarrestar la veracidad de una información, habrá de tenerse en cuenta la voluntad del informante, y sobre todo su posicionamiento frente a nosotros, esto es, posee una actitud colabora o una conducta entorpecedora. Lógicamente ambos comportamientos no son controlables por el investigador, pero sí son susceptibles de ser neutralizadas: si el imputado pretende ayudar en exceso y le lleva al extremo de contribuir con invenciones a la investigación, su conducta debe ser correctamente reconducida, si por el contrario, en su declaración trata de forma consciente de exponer datos tergiversados y ignominiosamente imaginados, sus manifestaciones han de ser puestas en “cuarentena”, en la medida que sus falsas manifestaciones sean susceptibles de contaminar la investigación⁶²⁵. Por su parte, el investigador siempre ha de reconocer las tasas de error y las aptitudes de cada sujeto, en el bien entendido que no todos los individuos poseen las mismas capacidades, por lo que algunas

⁶²⁴ SEGURA ORONICH, A., *El imputado y el testigo ante el juez: psicología del interrogatorio*, ed. Cedecs, Barcelona, 1998, p. 63.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 63.

apreciaciones serán erróneas o no se hallarán sujetas a la realidad⁶²⁶. Por ello, el investigador deberá reconocer estos extremos, acotarlos y excluirlos.

Existen varias técnicas en relación con la formulación de los interrogatorios de lo más variopinto⁶²⁷, pero habrá que incluir una nueva técnica: el efecto virtual; pues de lo acabado de exponer resulta evidente que el empleo videoconferencia sí puede influir notablemente en la forma de realizar un interrogatorio, sobretodo en aras a extraer y asimilar la información útil que desea obtener el instructor en aras a averiguar la verdad de lo acontecido.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁶²⁷ SEGURA ORONICH nos describe muy detalladamente las diferentes actitudes que puede adoptar el investigador a la hora de extraer la información del imputado o del testigo. De esta suerte, teniendo en cuenta que cada acto criminal es independiente en el tiempo y en el espacio, y el sujeto activo, aun cuando pueda ser el mismo en diferentes situaciones, sus circunstancias personales no siempre van a devenir iguales, se deberá realizar el interrogatorio con el fin de que aparezcan determinados resultados que produzcan efectos positivos en la averiguación de la verdad. Para este fin existen diferentes formas de interrogar, entre otras nosotros destacamos tres: el efecto Rosenthal, por el que se influye de una forma inconsciente en la actitud de que aquellos sujetos con los que interactúa el investigador; el efecto de Halo, consiste en estar alerta en relación con el status social del declarante, pues desde una perspectiva psicológica siempre se tenderá a considerar más fiable el relato de una persona que ocupa un puesto relevante en la sociedad, que la de un individuo cuya situación social sea inferior; efecto Orne: gravita en dar una imagen por parte del investigador con el fin de que el interrogado no se sienta observado –difícil de conseguir este objetivo- ni amedrentado, para que en sus declaraciones no cree una imagen falsa de autosuficiencia y autoimagen, de forma que responderá en la forma que se espera que se haga, ocultando así toda la información que sea trascendental para la investigación. *Ibidem*, pp. 65-80.

Hemos de tener presente, que dependiendo de en qué condiciones haga el imputado la declaración, a saber, si como testigo, como inculpado, el instructor mostrará un comportamiento u otro.

En el caso de que testifique en calidad de testigo, intentará ser afable y amable con él, para hacerle ver que no existe ninguna barrera ni ningún obstáculo entre ellos dos, procurando establecer una atmósfera de cordialidad para que el declarante colabore positivamente, y a ser posible, revele toda la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos sometidos a investigación judicial.

Por contra, si el imputado realiza la declaración en calidad de inculpado, tal circunstancia incidirá *per se* en sus declaraciones, las cuales, estarán repletas de contradicciones, ocultación de determinados hechos, falsedades o invenciones, entre otras cuestiones –todo ello se podría inferir de un imputado que ciertamente ha cometido el hecho delictivo que se le imputa, pero no cabe la menor duda, que una persona inocente también utilizará todos estos mecanismos para la defensa de su inocencia-, con la finalidad puesta en no ser procesado, y por tanto, no ser condenado por la comisión del delito que se le atribuye. Ante esta situación, el instructor mostrará una actitud más hostil, y no precisamente conciliadora, hostilidad que no es sinónimo de agresividad, sino más bien, de contundencia en sus preguntas, sin ningún viso de

afabilidad, pues el inculcado ha de verse de algún modo constreñido para confesar su participación en los hechos criminales así como ha de especificar, cómo éstos se llevaron a término.

Por todo ello, la comunicación no verbal, tan relacionada con el principio de inmediación procesal, es fundamental para realizar un buen interrogatorio, y que éste de sus frutos. Sin embargo, si dicho interrogatorio se lleva a término a través de videoconferencia, ¿desaparecería esta comunicación no verbal, y con ello, la posibilidad de extraer unas declaraciones vitales para el devenir de la investigación judicial?

En nuestra opinión, entendemos que tal vez, la ausencia de ese cara a cara juez-imputado, infiera negativamente en la obtención de información; no obstante, ello no quiere decir, que el instructor no deba adaptarse a la nueva realidad virtual, y deba aprovechar también la imagen televisiva que puede ofrecer, a saber, esto es, una figura cordial, afable, amable, o una figura seria, formal, juiciosa y respetuosa.

Y retomando el hilo en torno a la distinción entre imputado-acusado-testigo e imputado-acusado-inculpado, además de realizar un interrogatorio de forma diferente como hemos visto, deberíamos plantearnos si se podría prescindir en el caso de que declarara por videoconferencia en calidad de testigo, de esa comunicación directa, personal y confidencial con su letrado, pues bien pudiera

considerarse que al prestar declaraciones por situaciones ajenas, que no propias, no le asistiría tal derecho.

Como ya expusimos en el capítulo anterior al tratar este asunto, en realidad el imputado-acusado no se halla en ningún momento en disposición de consultar directamente con su abogado defensor cualquier cuestión que estime relevante, produciéndose una clara discriminación en relación con los juicios sometidos al Tribunal del Jurado. En este sentido, el art. 42.2 LOTJ dispone que “el acusado o acusados se encontrarán situados de forma que sea posible su inmediata comunicación con los defensores”, pero, no creemos que ante el hecho de que esta disposición inmediata no exista en el resto de procedimientos penales, ello no implica que debamos consentir tal vulneración de garantías procesales y constitucionales.

Por ello, si bien de la declaración en calidad de testigo del imputado por hechos en los que él no ha intervenido no se puede en principio extraer, en principio, ninguna conclusión probatoria de su culpabilidad, ha de estar siempre asistido de Letrado que le defienda, ya que de todas sus declaraciones, sean en la condición que sean, se puede inferir en cualquier momento un juicio culpable de su actuación y participación de los hechos, pues en muchas ocasiones, el más mínimo detalle puede ser decisivo tanto para declarar inocente a una persona, como para declararla culpable.

Precisamente, para eliminar cualquier duda que pueda surgir en un futuro en torno a esta cuestión, abogamos porque se suprima esa discriminación entre la LECrim y el art. 42 LOTJ, por lo que, recomendamos que en la futura e inminente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, se incluya un precepto similar al mentado art. 42, y no en los términos que vienen en el art. 442 del TACPP⁶²⁸, y que por otro lado, se remodelen las Salas de Vistas para que efectivamente el Letrado se siente junto a su cliente.

En esta tesitura, hemos de hacernos eco de la postura de algún sector doctrinal que considera el hecho de regular la LOTJ la obligación de sentarse el abogado defensor junto al acusado, impide la posibilidad de que el acusado no estuviera en la sala físicamente y lo hiciera por el sistema de comunicación audiovisual a distancia, “incluso aunque se den supuestos de múltiples acusados que podría dar lugar a extremar las medidas de seguridad y vigilancia para evitar una inesperada fuga o la aglomeración de personas en la entrada del edificio judicial que pudiera facilitar un intento planeado de fuga”⁶²⁹. De aprobarse y aplicarse una norma de similares características en el resto de procedimientos penales, en nuestra opinión, no creemos que de su dicción se pueda extraer sin más esta conclusión; si el acusado se encuentra en contacto

⁶²⁸ Disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

⁶²⁹ MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de problemas y soluciones planteados ante el Tribunal del Jurado*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003, p. 191.

directo con su abogado de confianza, es como si estuvieran juntos, sentados el uno junto al otro. Por ello, creemos que este argumento es del todo rechazable.

Por otro lado, creemos dable señalar que, según otro sector doctrinal, la exclusión de la participación virtual del acusado, según PÉREZ-CRUZ MARTÍN, no se circunscribiría sólo al procedimiento ante Tribunal del Jurado, pues como nos dice el citado autor, existe un elenco de autores que ha pretendido defender la viabilidad de la utilización de la videoconferencia con acusados, sólo en aquellos supuestos en que se permite la celebración del juicio en ausencia⁶³⁰, es decir, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años (art. 786.1,II LECrim), en el resto de supuestos debería celebrarse la audiencia con presencia física del acusado en la Sala de Vistas.

Sin embargo, teniendo en cuenta que «no existe identidad de razón entre el juicio en ausencia y el “proceso a distancia”, resulta viable que la videoconferencia sea admisible sin que en principio, la pena que pudiera imponérsele al acusado fuera determinante de la utilización o no del reiterado medio de transmisión de la imagen y del sonido»⁶³¹, por tanto, al igual que en el supuesto del art. 42

⁶³⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., "Videoconferencia y proceso penal"..., cit.

⁶³¹ *Ibidem*.

LOTJ, consideramos, que esta postura también es en todo punto rechazable de plano.

En nuestra opinión, el único supuesto en el que el acusado pueda seguir la sesiones a través de videoconferencia es aquél en el que ha sido expulsado de la Sala por alterar el orden, interrumpir o perturbar el desarrollo normal de la vista⁶³², si bien, cuando deba prestar declaración o emplear su derecho a la última palabra, el inculcado deberá volver a la Sala de vistas, pues lo contrario, entendemos que vulneraría su derecho de defensa.

c') Sentencia de conformidad

Otro supuesto que puede verse afectado por la participación a distancia del imputado-acusado, es el de la institución de la conformidad.

La conformidad, bien podría englobarse dentro del concepto de “justicia penal negociada”, y tal como señala BARONA VILAR, nos hallamos ante “una institución eficiente, si entendemos por eficiencia la reducción de asuntos, el acortamiento de las causas, la búsqueda de una solución ágil y rápida en los proceso penales, incluso en ocasiones cuasi-instantánea”, de esta forma, “estamos ante una salida interesante, útil y potenciabile en el proceso penal en

⁶³² Previsión que ha sido recogida en el art. 553.6 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011.

aras de alcanzar esa panacea transmitida desde la ola de la globalización que nos invade, nos arrastra y nos encandila; y muy especialmente esa atracción feroz por la eficiencia estructural, orgánica y funcional se plasma en la *mens legislatoris*”⁶³³.

No obstante, en aras a lograr a través de la figura de la conformidad, la tan anhelada “pendencia cero de los asuntos en sede judicial”⁶³⁴, existía un serio obstáculo en la regulación del límite de pena para poder conformarse el acusado con la pena más alta de las acusaciones. Esta insatisfactoria y llosa regulación, se vio afortunadamente superada con la nueva regulación del art. 787.1 LECrim –precepto modificado por Ley 38/2002, de 24 octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado-⁶³⁵; y con la interpretación que realizó el Tribunal Supremo acerca de la delimitación de pena, a colación de la promulgación del Código Penal de 1995.

Respecto de este último extremo, el Tribunal Supremo, entendió, basándose en la disposición transitoria undécima del mencionado Código, que el límite para prestar conformidad era de tres años de prisión [SSTS núm. 622/1999, de 27 de abril (BDA RJ

⁶³³ BARONA VILAR, S., “Seguridad, celeridad y justicia penal”..., cit., pp. 189-190.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 192

⁶³⁵ BOE núm. 258, de 28 de octubre 2002.

1999\3326), núm. 691/2000, de 11 de abril (BDA RJ 2000\2445) y núm. 2386/2001, de 7 de diciembre (BDA RJ 2002\1429)]. El art. 655 LECrim, utiliza un término arcaico, el de “pena correccional”, expresión que hace referencia a la pena de prisión menor, el cual, por disposición transitoria undécima del CP de 1995, equivale a tres años de prisión. Con base en ello, el Tribunal Supremo, entendió que el límite objetivo para poder acogerse a la conformidad era de tres años.

De este modo, el nuevo artículo 787 al fijar expresamente el tope de seis años de prisión, cierra todas las posibles dudas que se podían mantener en cuanto al citado límite, así, tal y como indica MORENO VERDEJO, “el régimen de la conformidad está uniformado en todos los procesos (ordinario, abreviado y jurado)”.

También puede plantearse la posibilidad de intervención por medio de videoconferencia para la celebración de juicio de conformidad, tanto en el procedimiento ordinario (arts. 688 a 700 LECrim), en el abreviado (art. 787 LECrim), en juicios rápidos (art. 801 LECrim) como ante Tribunal del Jurado (art. 50 LOTJ)⁶³⁶.

Si tenemos en cuenta que para prestar conformidad el límite objetivo de la pena es de 6 años, este recurso audiovisual difícilmente se empleará en juicio ordinario, ya que este

⁶³⁶ MORENO VERDEJO, J., "La conformidad en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido", disponible en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL71.pdf> (fecha de consulta: 9 de noviembre de 2007).

seguimiento a distancia del acusado vendría motivado por razones de seguridad y de peligrosidad, y ambos caracteres van íntimamente ligados a la comisión de hechos delictivos graves, que llevan aparejadas penas graves, traducidas, en un número de privación de libertad superior a 6 años.

Por tanto, en aquéllos supuestos en los que se lleve a cabo la declaración por videoconferencia, apenas va ser empleado este medio técnico en la institución de la conformidad, propiamente dicha, y a idéntica conclusión hemos de llegar en relación con una figura similar, esto es, el reconocimiento de hechos punibles.

El reconocimiento de hechos punibles –modalidad de conformidad encubierta para algunos autores⁶³⁷, si bien en nuestra opinión son dos institutos completamente diferentes-⁶³⁸, implicará la aceptación por parte del sujeto pasivo en la participación de los hechos delictivos que se le imputan, lo cual en cierto modo, le convertirá en la antesala de la conformidad, desde el mismo momento en el que los efectos de acortamiento procedimentales producidos por el trasvase de procedimiento, del abreviado al enjuiciamiento rápido, provocará que en este último, con toda

⁶³⁷ Opinión que compartimos plenamente. Entre otros autores: ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, vol. 8, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991, p. 167.

⁶³⁸ BARONA VILAR, S., “Seguridad, celeridad y justicia penal”..., cit., pp. 209-210.

lógica, se produzca la conformidad del acusado con la calificación de los acusadores⁶³⁹.

Por tanto, en este mecanismo acelerador del procedimiento, vamos a plantearnos la misma duda que con la conformidad, esto es, ¿cabe realizarla a través de videoconferencia?

La única fricción que podríamos encontrar sería al igual que en la conformidad, las posibles vulneraciones que pudieran existir en relación con el derecho de defensa y asistencia letrada.

Tal y como hemos reseñado anteriormente, hablando de la conformidad, para que la videoconferencia pudiera ser empleada como método auxiliador en la práctica de una actividad procesal en la que interviniera el sujeto activo del delito de forma remota, ello debería obedecer a razones de seguridad o peligrosidad, tal y como hemos visto en el capítulo anterior; descartando las razones de utilidad, ya que el imputado-acusado ha de hallarse físicamente en la sede del órgano jurisdiccional en el que se desarrollen las actuaciones procedimentales oportunas, como garantía de su derecho de defensa. A raíz de esta premisa, debemos llegar a la inmediata conclusión de que no se llevará a cabo el reconocimiento de hechos a través de videoconferencia, en la medida el límite de pena es el mismo que el previsto para la conformidad, y en consecuencia, estaríamos en presencia de sujetos activos que

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 208-222.

difícilmente podrían encuadrarse dentro del arquetipo de “individuos peligrosos”.

En conclusión las razones de seguridad quedarían descartadas a la hora de formalizar una conformidad o un reconocimiento de hechos a través de videoconferencia.

Todas estas consideraciones serían tomadas en relación con la legislación vigente al tiempo de elaboración de la presente investigación. Sin embargo de mantenerse la regulación sobre la institución de la conformidad que figura en el TACPP, en la futura norma que regule nuestro procedimiento penal, lo cierto es que la videoconferencia sí podría utilizarse por razones de seguridad, dado que en dicha propuesta se elimina el límite de 6 años de prisión para poder operar dicha institución. En definitiva, de mantenerse esta postura legislativa en la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal, la institución de la conformidad operará en todo tipo de delitos, es decir, se abrió la veda de la justicia negociada a gran escala⁶⁴⁰. Sin embargo, cabría plantearnos la posibilidad de que se llevara a término la conformidad o el reconocimiento de hechos a través de videoconferencia por razones de utilidad. Pero como hemos expresado en el capítulo anterior, este hecho afectaría de lleno al derecho de defensa, partiendo siempre de que las declaraciones y comparencias a través de

⁶⁴⁰ Cfr. art. 103 del TACPP.

medios audiovisuales en los órganos jurisdiccionales han de ser la excepción y no la regla general.

En principio, aunque se quisiera emplear este medio técnico por razones de oportunidad y utilidad, sería en aquéllos supuestos en los que, el imputado-acusado se encontrara recluido en un centro penitenciario, condición sería normalmente la prisión preventiva.

Con todo, también se podría dar la siguiente situación: que el imputado-acusado, lo sea por un delito que no sobrepase la barrera de los 6 años de prisión, pero que se halle cumpliendo condena por la comisión de otro hecho criminal. En este caso, ¿se podría utilizar la videoconferencia para la prestación de conformidad o el reconocimiento de hechos?

En nuestra opinión, incluso podríamos estar ante un sujeto peligroso, juzgado por un delito menor. Por ejemplo, imaginemos un terrorista, cumpliendo condena por diferentes asesinatos, pero que es enjuiciado por las declaraciones que haya vertido en algún diario afín a sus objetivos ideológico-criminales, que bien pudieran considerarse como delito de apología del terrorismo, castigado con un pena máxima de 4 años de prisión.

Ante estas situaciones, cabría decir que las razones de seguridad se verían sobradamente cumplidas, pero como hemos analizado en el capítulo anterior, su participación a distancia vendría condicionada por el momento procesal en el que nos encontráramos, puesto que, dependiendo de si nos hallamos en la

fase de instrucción, o en la de plenario, se vería quebrantado o no el derecho de defensa y a la asistencia letrada.

En esta tesitura, como el reconocimiento de hechos se efectúa en el procedimiento preliminar, nada obstaría a que este éste se llevara a término a través de videoconferencia; sin embargo no podemos decir lo mismo de la conformidad, puesto que esta se presta en la fase de juicio oral, y en ella, como hemos matizado, salvo que se instalen los mecanismos adecuados para que el acusado pueda ser asistido por su abogado de confianza, se deberá rechazar de plano la posibilidad de prestar conformidad a través de medios audiovisuales bidireccionales en tiempo real.

d') Testigos coimputados

Como viene siendo reiterado por nuestra jurisprudencia, las manifestaciones de los coacusados constituyen verdaderos medios probatorios hábiles a la hora de desvirtuar la certeza provisional que envuelve a la presunción de inocencia⁶⁴¹. Dicha desvirtuación de la presunción de inocencia requiere que estemos en presencia de declaraciones explícitas, claras y contundentes, carentes de resentimiento, a saber, que no vengan motivadas por sentimientos

⁶⁴¹ Cfr. por todas SSTS de 30 mayo de 1986 (BDA RJ 1986\2907); de 17 de junio de 1986 (BDA RJ 1986\3164); y de 16 de diciembre de 1986 (BDA RJ 1986\7935).

como el odio o la venganza, y se efectúen sin ánimo de autoexculpación o autodefensa, amén de que, en consonancia con el principio de inmediación, la credibilidad y la verosimilitud del testimonio del coacusado deberá ser analizada por el juez o magistrado⁶⁴².

En este orden de cosas, hemos de apreciar las declaraciones de los coimputados-coacusados como muy relevantes en aquéllos supuestos en los que su testimonio es de vital importancia a la hora de apoyar el resto de pruebas prácticas –pues no olvidemos que la declaración incriminatoria del coimputado no puede ser valorada como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta corroborada por otras pruebas es el único sobre el que fundamentar una prueba de cargo-⁶⁴³; si a la práctica de determinadas pruebas se añaden estos testimonios que sostienen las tesis de la parte acusada, se podrá ayudar a obtener una sentencia más justa, por cuanto se habrá contado con más elementos a la hora de desvirtuar la presunción de inocencia.

De ahí, que si bien, no se encuentra expresamente regulada esta forma de deposición por la LECrim, nada obsta ni prohíbe a que se pueda llevar a término –a diferencia de otras legislaciones

⁶⁴² Por todas STS de 18 de noviembre de 1991 (BDA RJ 1991\9448).

⁶⁴³ Entre otras SSTC núm. 137, de 7 de julio de 1988 (BDA RTC 1988\137); núm. 98, de 24 de mayo de 1990 (BDA RTC 1990\98); núm. 50, de 2 de abril de 1992 (BDA RTC 1992\50), núm. 51, de 23 de febrero de 1995 (BDA RTC 1995\51); y núm. 34, de 13 de febrero de 2006 (BDA RTC 2006\34).

como la italiana en cuyo art. 192 del *Codice di Procedura Penale* se regula la llamada *chiamata di correo*, esto es, la declaración de los coimputados y su valor probatorio-, y resulte de gran ayuda en la averiguación de la verdad, uno de los fines que constituye la apertura de un procedimiento preliminar y la continuación posterior del procedimiento a través del juicio oral.

No obstante, el coimputado desde el momento en el que realiza manifestaciones relativas a la causa que se está enjuiciando, sobretodo en todo aquello que no le afecta directamente, comparece en el proceso penal ¿en calidad de acusado, o en calidad de testigo?

Desde el punto de vista del empleo de la videoconferencia es, en nuestra opinión, relevante esta cuestión, sobretodo en relación con su posible comparecencia en la fase de plenario, puesto que si lo hace en calidad de acusado no podría, tal y como hemos estudiado al analizar el derecho de defensa, deponer a través de medios audiovisuales, dado que no podría mantener actualmente una comunicación directa con su abogado defensor; sin embargo si estimamos que estamos en presencia de un testigo, como no afectaría a su derecho de defensa, podría testificar a través de videoconferencia.

En torno a esta disyuntiva, por el mero hecho de ser acusado, su declaración aunque sea en calidad de testigo, y sobre hechos que no le afectaran directamente, puede por el mero de acusarle de un delito, no tiene la obligación de decir la verdad, cual sucede como

un testigo ⁶⁴⁴, por lo que su testimonio deberá realizarse en la Sala de Vistas, puesto que deberá ser asistido en todo momento de letrado.

Sin embargo, si existe una excepción a esta situación, en la que fuera recomendable la comparecencia del coencausado a través de videoconferencia: hablamos de los colaboradores con la justicia.

En atención a lo dispuesto en los arts. 376 y 579.3 CP, se prevé una atenuación considerable de la pena para aquéllos que abandonaren definitivamente las actividades delictivas encuadradas en el tráfico de drogas y en las organizaciones terroristas, respectivamente, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos especificados en ambos preceptos, diferentes en cada caso ⁶⁴⁵. En consecuencia, un testigo coimputado que decida colaborar con la justicia de manera real y efectiva, motivado entre otras cuestiones, por una reducción de su condena, puede ver

⁶⁴⁴ STC núm. 49, de 2 de marzo de 1998 (BDA RTC 1998\49).

⁶⁴⁵ No son los únicos preceptos que hacen referencia a la atenuante postdelictual de arrepentimiento en la parte especial de nuestro Código Penal, ya que también se prevé para los delitos de cohecho (art. 427 CP), contra la Hacienda Pública (art. 305.4 CP), contra la Seguridad Social (art. 307.3 CP) y de fraude de subvenciones (art. 308.4 CP) se contempla una excusa absolutoria. En el caso del delito de cohecho para el sujeto que participa en el delito y ulteriormente delata al funcionario corrupto, y para el resto de delitos citados, en relación con el culpable que regulariza la deuda contraída con Hacienda o con la Seguridad Social o la subvención defraudada. Sin embargo, preferimos destacar los delitos de narcotráfico y de terrorismo, en la medida que estamos ante especialidades delictivas del crimen organizado, con absoluta disponibilidad de medios en aras a hacer desaparecer a aquéllos testigos que pudieran con sus declaraciones dismantelar policial y judicialmente sus entramados organizativos.

peligrar su vida, ya que el entramado criminal al que pertenece dispondría de todos los medios logísticos necesarios para hacerle callar eternamente.

En este punto, consideramos que estamos ante un sujeto que bien ha de merecer protección al más alto nivel, como cualquier otro testigo, habida cuenta que su vida corre grave peligro desde el mismo momento que se encarga de facilitar toda la información útil y eficiente para la desarticulación de la cédula criminal en la que se hallaba inmerso, y por otro lado, su testimonio servirá junto con otros elementos probatorios de cargo –cuyas fuentes de prueba podrían tener su origen en la información facilitada por el “arrepentido”- para desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados, y asestar un duro golpe a entramados criminales tan nefastos para la sociedad como son las redes de narcotráfico y las organizaciones terroristas.

Es por ello que en las declaraciones que efectuará en calidad de testigo, por su propia seguridad, sería aconsejable que declarara a través de videoconferencia, bien desde otro centro habilitado al efecto, en el supuesto de hallarse en libertad con cargos, bien desde el recinto penitenciario en el que se hallara recluido, a fin de evitar un eventual desplazamiento que pudiera motivar un atentado contra su vida.

Para ello, entendemos que deberían ser incluidos dentro del sistema de protección de testigos, realizando una interpretación

amplia del art. 1.1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales⁶⁴⁶, ya que son objeto de aplicación de esta norma únicamente testigos y peritos, por lo que estimamos que también deberían ser objeto de amparo de esta norma, un tanto obsoleta, los colaboradores de la justicia. Remedio que no parece ponerse con la regulación específica que se baraja para el futuro Código de Proceso Penal, pues en el art. 377 TACPP no existe ninguna variación ni mejora al respecto⁶⁴⁷.

En conclusión, en aquéllos supuestos en los que un coimputado que reúna los requisitos de los arts. 376.3 y 579 CP, que colabore con la justicia, deberá ser incluido en un programa de protección de testigos, y deberá estudiarse la posibilidad de efectuar sus declaraciones ante el juez instructor o enjuiciador a través de medios audiovisuales unidireccionales, para garantizar su anonimato.

Entre el derecho de defensa y el derecho a su propia vida, queda clara que estará por encima velar por el derecho a la vida de una persona consagrado en el art. 15 CE.

⁶⁴⁶ BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 1994.

⁶⁴⁷ Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta 10 de julio de 2014).

b) Acusados menores de edad

En un proceso penal de menores, la declaración del acusado menor de edad puede plantear diferentes cuestiones, tales como qué Fiscal ha de estar presente en la declaración del menor –el fiscal instructor u otro distinto- o si es preceptiva la presencia del Letrado en cualquier actuación que haga el menor, por ejemplo, en la declaración. Sin embargo, existe una disyuntiva importante que se bosqueja en este ámbito procedimental especial, a saber, si la declaración del menor puede realizarse mediante videoconferencia en aquellos supuestos en los que éste es el acusado.

En este sentido, nada establece la LORPM, y de poca ayuda nos sirve su art. 37.3, precepto que nos remite cuando sea el caso, a la legislación de protección de testigos y peritos en causas criminales. Por tanto, estamos en condiciones de afirmar que en aquéllos supuestos en los que deba intervenir en un procedimiento penal de menores un testigo o perito protegido, éstos podrán, como posteriormente tendremos oportunidad de esbozar con mayor detalle, intervenir a través de videoconferencia como garantía de su seguridad personal.

Consecuentemente, sí encontramos en la LORPM una puerta para la comparecencia judicial de testigos y peritos a través de medios audiovisuales, pero no vislumbramos ningún precepto que permita también esta eventualidad a los acusados menores de edad.

Con todo, en relación con esta última cuestión, estimamos que se hace necesario una lectura atenta del art. 37.4 LORPM, el cual establece que *“si en el transcurso de la audiencia el Juez, considerara, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala, podrá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retomar aquélla”*.

Por tanto, en esta norma se está reconociendo implícitamente la posible estigmatización que puede provocar en el acusado menor de edad el hecho de comparecer en el acto de juicio oral. En este sentido, tal y como indica PÉREZ MARTELL *“si un menor declara mediante videoconferencia la estigmatización que supone la intervención de los menores en un proceso penal disminuye”*⁶⁴⁸, pues hay que tener presente que pueden afectar psicológicamente al menor de forma muy negativa todas aquellas circunstancias o actuaciones que contribuyan a que el mismo llegue a percibir la conducta delictiva como parte de su manera de ser⁶⁴⁹. En el bien entendido que, como nos indica HERNÁNDEZ GALILEA, las circunstancias favorecedoras para la aparición de la estigmatización vendrían a ser: la publicidad o falta de discreción en las diligencias

⁶⁴⁸ PÉREZ MARTELL, R., "La declaración del menor en el proceso penal ¿cabe el uso de la videoconferencia?", disponible en: http://www.acaip.info/docu/menores/declaracion_menor.pdf (fecha de consulta: 10 de julio de 2007).

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

policiales, el trato burocratizado y el desinterés por su situación o circunstancias personales, la reiteración de las declaraciones y comparecencias o el alargamiento desproporcionado de la tramitación que alteran la vida ordinaria del menor haciéndola girar en torno al Juzgado de Menores⁶⁵⁰.

Si tenemos en cuenta todas estas premisas y el hecho de que la LORPM, está fundamentada entre otros principios en el superior interés del menor⁶⁵¹, este será el argumento principal para defender la posibilidad de que el menor declare mediante videoconferencia, tanto en su declaración testifical como en el derecho a la última palabra⁶⁵², siguiendo las sesiones del acto de juicio oral por medio de esta técnica de la imagen y el sonido a distancia.

Pero la utilización de la videoconferencia no sólo se podría ver fundamentada en razones del interés supremo del menor, sino también por razones de seguridad y de orden público, tales como

⁶⁵⁰ HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., "Principios informadores del proceso", en *El sistema español de justicia juvenil* (coord. HERNÁNDEZ GALILEA, J.M.), ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 90.

⁶⁵¹ A lo largo tanto de la Exposición de Motivos como de todo el articulado de la LORPM aparece mencionado el interés superior del menor. Así por ejemplo en su Exposición de Motivos se dice lo siguiente. "...la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor..."

⁶⁵² También se ve reconocido en la LORPM, en su art. 37.2 cuando establece que "por último el Juez, oír al menor".

riesgo de fuga en el traslado del menor desde el centro de internamiento al Juzgado de Menores o en aras a evitar posibles disputas por haber ocasionado una grave alarma social el hecho criminal perpetrado por el menor acusado⁶⁵³. El uso de la videoconferencia en estos casos, tendría su cobertura legal en el propio art. 731. bis LECrim, puesto que la disposición final primera de la LORPM establece como derecho supletorio para todo lo no dispuesto en la misma las normas sobre procedimiento abreviado reguladas en la LECrim.

Estas serían las razones formales y materiales que aconsejarían la utilización de la videoconferencia en la comparecencia del menor acusado ante el Juez en los diferentes contextos y situaciones enumerados. Sin embargo, desde un punto de vista de política criminal, a saber, la reeducación social y el aleccionamiento al menor de que su actividad es reprochable y manifiestamente antisocial, para que éste tome conciencia de su

⁶⁵³ Los delitos cometidos por menores de edad, están provocando una grave alarma social entre la población. Fruto de esta alarma social fue precisamente la modificación de la LORPM por LO 8/2006, de 4 de diciembre, atendiendo principalmente a la inclusión de un papel más activo de la víctima y un endurecimiento de las medidas sancionadoras en delitos graves. Sirva de ejemplo el caso de un menor que asesinó de un disparo a un joven de 19 años en Nazaret (Valencia) e hirió a otro, en el acto del juicio oral se produjeron una serie de altercados propiciados porque la madre del menor herido agredió a la progenitora del acusado. Para más información sobre este caso vid. <http://www.lexureditorial.com/noticias/0505/06162222.htm> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2007).

mal hacer, ¿sería conveniente sustituir su presencia física por la virtual cuando exista una estigmatización del menor?

Vista la praxis judicial, y el comportamiento de los jóvenes menores acusados, siempre será muy conveniente que no se realicen declaraciones a través de videoconferencia. Un ejemplo muy simple, un hecho criminal acaecido en un centro de menores, cuyos autores materiales son una serie de jóvenes allí recluidos. En el acto del juicio, un testigo amigo de los autores declara a través de videoconferencia porque en el momento de celebración de la Vista ya no se halla en el centro de la ciudad en la que se llevaron a término los actos delictivos, sino en un centro alejado de la sede judicial. La reacción de los menores no es precisamente el temor a lo que le pueda deparar del enjuiciamiento, sino comenzar a saludar a su amigo, jaleando “¡sales en la tele!”, y por su parte, al tratarse de un medio audiovisual en tiempo real, el testigo también comienza a gritar y a saludar a los acusados.

Este tipo de hechos hacen que los menores no tomen en serio el motivo por el que se les condujo ante el juez; sólo viendo una puesta en escena seria, como es el sistema español, en el que el menor contemplará un estrado en el que se encuentran distribuidos la fiscalía, el juez y la defensa, con sus respectivas togas, causará una impresión al joven, para darse cuenta que si está en ese escenario viene motivado por su mal comportamiento. Sin embargo si permitimos que no visionen tan aterrador escenario para un joven,

o, salidas de tono como el caso real relatado, por el mero hecho de la participación de menores acusados, o testigos menores recluidos en centros a través de videoconferencia, estimamos que ésta no acomete su verdadero fin: lograr una justicia más eficiente y efectiva.

Por todo ello, si en el caso de imputados-acusados, su empleo ha de ser muy restrictivo, en el supuesto de imputados-acusados menores de edad, su utilización ha de ser aún más restringida si cabe.

2. TESTIGOS

Iniciado un procedimiento criminal ya en sede judicial, el primer deber será comprobar todas las fuentes de prueba encaminadas a verificar la veracidad de los hechos constitutivos de delitos, y la credibilidad de los testimonios que apuntan un juicio de probabilidad sobre la comisión de dichos hechos criminales. Tanto las mentadas fuentes de prueba aportadas al procedimiento como los medios de prueba practicados en un juicio han de ser analizados por el juez instructor y por el juez sentenciador respectivamente, desde el prisma de la veracidad y de la credibilidad, sobre todo cuanto más débiles e inconsistentes parecen, expuestas a un gran margen de error, sobre todo en lo que a declaraciones testificales se refiere.

Por ello, sobretodo, en un procedimiento penal, en el que los derechos de una persona están en juego, cuales son la libertad y el honor del acusado, el juez no puede, pese al símbolo de la justicia, vendarse los ojos a la hora de examinar las diligencias y los actos de prueba, sino que, más bien, deberá analizar pormenorizadamente las mismas, sobre todo en lo que a los testimonios se refiere, pues la valoración del testigo y de su deposición, será la diligencia o medio de prueba más proclive a ser subjetiva y parcial. Así, se hace necesaria una valoración exhaustiva del testigo y de su testimonio de carácter racional, como muy bien señala ROMERO COLOMA, dicha valoración judicial deberá tener como punto de partida la conciencia y la autocrítica⁶⁵⁴.

En relación con la conciencia, esta puede llegar a inducir graves errores, pues a través de un entrenamiento previo se pueden llevar a término una serie de movimientos fisonómicos que pueden llegar a inducir un determinado estado de consciencia, pero también es cierto que de estos movimientos el buen psicólogo judicial puede llegar a descubrir si el testigo está faltando a la verdad, a través del análisis de sus palabras, su tono de voz y los movimientos de su cuerpo.

En lo concerniente a la autocrítica, el buen testigo será aquél que sepa aplicar un sentido crítico a su propia declaración, de esta

⁶⁵⁴ ROMERO COLOMA, A.M., *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*, ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 14.

suerte si sabe efectuar una declaración con un semblante seguro, este factor contribuirá en buena medida a provocar en el juzgador la idea de certeza y veracidad en sus declaraciones. En nuestra opinión, la inseguridad en una declaración no es sintomática de faltar a la verdad, por lo que el juez, aunque perciba seguridad en un declarante, deberá analizar fehacientemente al testigo y a su forma de prestar testimonio, pues como hemos comentado, está en juego uno de los derechos más preciados de todo ser humano, a saber, la libertad.

Teniendo presente que ha de existir un análisis psicológico del juez de cara a los deponentes en aras a averiguar la autenticidad de sus declaraciones, deberemos precisar si este factor se verá comprometido por el empleo de la videoconferencia en la declaración de determinados testigos.

Ello se debe a que en las declaraciones testificales, la videoconferencia se ha mostrado como un elemento de suma eficacia como mecanismo de protección de testigos con base en diferentes razones, fundamentalmente garantiza la seguridad personal de aquéllos sujetos que requieren mantener su anonimato, y evita la llamada victimización secundaria al eludirse con este mecanismo la confrontación visual en la Sala de Vistas entre el ofendido por el delito y su presunto agresor.

A mayor abundamiento, en otros ámbitos especiales, como es el de la violencia de género, opera no sólo como un mecanismo

impeditivo de la aparición de un trauma psicológico por el hecho de narrar los hechos criminales ante su agresor, sino también como una herramienta hábil para obtener una efectiva declaración de la víctima, y con ello, poder condenar al autor del hecho delictivo con una prueba de cargo suficiente, ya que, de otra forma, si la mujer se niega a testificar amparándose en el art. 416 LECrim, esta clase de delitos quedarán impunes⁶⁵⁵.

Por ello, nos mostramos a favor de que se mantenga en el futuro Código de Proceso Penal previsto en el art. 370 del TACPP la no aplicación esta dispensa para la víctima que mantenga un vínculo familiar con el sujeto pasivo del delito que hubiere formulado denuncia, si bien, en la medida que aún estamos a tiempo de que se complemente, esta norma se queda corta, por cuanto, en muchas ocasiones la víctima de malos tratos no será quién presente la denuncia, sino que se advertirá de dicho delito por

⁶⁵⁵ No se debe olvidar que para el Juzgador siempre será preferible la posible absolución de un culpable antes que asumir el riesgo de condenar a un inocente. Por ello, la ausencia de la testifical de la víctima y, por tanto, la carencia de un interrogatorio cruzado entre la víctima y el posible agresor, no puede ser reemplazada por los indicios recopilados en el atestado y la declaración prestada en instrucción. En consecuencia, no es suficiente esta declaración de la víctima en la fase sumarial para desvirtuar la presunción de inocencia del supuesto agresor. FERRER BAQUERO, R., “Aplicación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género y reincidencia”, en AA.VV., *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dtor. ROIG TORRES, M.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 111.

los profesionales que la atendieron al recibir una dura agresión que le obligó a su atención médico-sanitaria.

Por tanto, sería loable con la finalidad de proteger a las víctimas de violencia doméstica que éstas nunca pudieran ejercitar esta dispensa en su deber de declarar cuando el agresor mantuviera con ellas un vínculo familiar, con independencia de quién haya presentado la denuncia por la comisión del hecho delictivo.

El empleo de la videoconferencia para estos casos se muestra como un mecanismo muy versátil, en la medida que su utilización no obedece únicamente a motivos de seguridad o desvictimizadores, sino también a razones funcionales, de estricta utilidad al ser empleado como mecanismo supletorio de una justicia más eficiente. Por ejemplo, su empleo como herramienta para practicar el auxilio judicial, cuando por razones de residencia o incluso por enfermedad, una persona se ve imposibilitada para desplazarse a la sede del órgano jurisdiccional a prestar declaración por haber presenciado unos hechos que podrían ser constitutivos de delito; la práctica de reconocimiento en rueda a través de videoconferencia, evitando el trastorno que supone obligar a la víctima a acudir al centro penitenciario en el que se practique; o en aquéllos supuestos en los que existan escasos traductores de un idioma, poder desempeñar su trabajo de manera más desahogada, ampliando incluso el ámbito geográfico de su actuación.

En lo que a las declaraciones testificales se refiere, en aplicación de los arts. 325 y 731.bis LECrim, así como del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 29 de mayo de 2000, podrán ser susceptibles de practicarse a través de medios técnicos audiovisuales las deposiciones de testigos protegidos, las manifestaciones de víctimas menores de edad y la prestación de testimonio de las personas ofendidas por actos de violencia de género, dadas las connotaciones de seguridad y victimización que impregnan dichas testificales.

Por lo que, sin mayores dilaciones, vamos a centrarnos en este apartado en el análisis de cada uno de estos supuestos.

A) Testigos protegidos

Como norma general, todos los residentes en territorio español, sean nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tienen la obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley (art. 410 LECrim, en relación con el art. 118 CE)⁶⁵⁶. Esta obligación de comparecer al llamamiento judicial, es singularmente gravosa para testigos y peritos que han de deponer en procesos por delitos de terrorismo,

⁶⁵⁶ Obligación, como no puede ser de otro modo, que también viene recogida en el art. 365 del TACPP.

de tráfico de drogas, del crimen organizado en general, sin olvidarnos de las víctimas de delitos sexuales, que analizaremos en otros apartados.

En la veracidad de los testimonios de las personas que hemos apuntado, incidirá notablemente la forma de prestarlos, a saber, si un testigo se ve intimidado por ver el rostro de la persona contra la que va a declarar, puede pensar que la seguridad de sus familiares próximos o la suya propia corre peligro, y por miedo a posibles represalias no detalla todos los extremos que ha presenciado y que inculparían directamente a los acusados. De esta forma se esfumaría toda posibilidad de tener una prueba de cargo que serviría de base para un fallo condenatorio. En este contexto, se debe proyectar un sistema de protección a testigos y peritos, sin menoscabo alguno de las garantías procesales que el acusado ostenta, para que estas personas gocen del derecho a la libertad y a la seguridad que todo ciudadano debe poseer.

En un país como el nuestro, en el que se han asentado un gran número de grupos organizado –sólo en el año 2009 se desmantelaron en España 561 organizaciones criminales y se detuvieron a 5.881 personas y en el 2013 se detectaron 386 grupos de organizaciones criminales-⁶⁵⁷, se ha de ver obligado a buscar

⁶⁵⁷ Información disponible en la Agencia de Noticias Reuters España, noticia de 2 de noviembre de 2010, disponible en: <http://es.reuters.com/> (fecha de consulta: 3 de noviembre de 2010) y en el diario El Periódico de Cataluña, noticia de 11 de

fórmulas de combate que permitan realizar una mejor investigación de este tipo de delitos que facilite a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la detención de estos sujetos, altamente peligrosos, para posteriormente poder ser condenados por nuestros tribunales, sin que resten sin castigo sus actuaciones, en la medida que el temor a padecer represalias contribuye a la ausencia injustificada de testigos y víctimas citados a declarar, provocando en un sinnúmero de casos de suspensión de juicios penales.

Una forma idónea para prestar declaración y evitar este tipo de éxodo testifical es, como hemos visto, con el acusado arrepentido, la técnica de la videoconferencia. Mecanismo que, en nuestra opinión, supera con creces a la clásica “técnica del biombo”, por cuanto ésta última tenía que acudir físicamente a la Sala de Vistas, confrontándose con los propios familiares y colegas de los acusados, pudiendo ser perfectamente identificados por los círculos mafiosos⁶⁵⁸. De esa suerte, la técnica de la videoconferencia se mostrará válida para la protección de estos testigos, sólo que deberá amoldarse a las medidas previstas en Ley 19/1994, de 23 de diciembre, reguladora del estatus jurídico de protección de testigos y peritos que requieran la adopción de medidas especiales en sus

febrero de 2014, disponible en: <http://www.elperiodico.com> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

⁶⁵⁸ Hemos de recordar que en la realidad diaria no se respetan las normas contenidas en la LECrim que obliga a la separación de los testigos (arts. 435 y 704 LECrim).

declaraciones por hechos delictivos sumamente graves⁶⁵⁹. Con esta norma nuestro legislador trata de establecer un sistema de protección eficaz de dichos sujetos; téngase en cuenta que hablamos de protección “eficaz” y no de protección “absoluta” ni “ilimitada”, por el mero hecho de que podrían verse profundamente afectados principios procesales básicos, como el de publicidad o contradicción y derechos fundamentales, muy especialmente el derecho de defensa, lo que hace extremadamente difícil la aplicación de esta Ley⁶⁶⁰.

Como finalidad para combatir el crimen organizado existe una diversidad de pretensiones en la protección de testigos y peritos en las causas criminales contra este tipo de delincuencia. Dichas pretensiones se pueden aglutinar en el interés del Estado en erradicar la delincuencia y en garantizar la libertad del testigo y del perito, para que puedan declarar sin verse sometido a presiones y amenazas que puedan recaer directamente en su persona o en su

⁶⁵⁹ El art. 547.3 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011, prevé la posibilidad de declarar a través de videoconferencia para salvaguardar la intimidad del testigo, es decir, prevé expresamente la posibilidad de que el testigo calificado como protegido deponga a través de videoconferencia.

⁶⁶⁰ SERRANO PEÑUELAS, I., “El procurador y la protección de testigos”, en *La protección de testigos y peritos en causas criminales: comunicaciones y ponencias. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal* (dir. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2001, p. 35.

entorno familiar, así como el interés del imputado en conocer todos los extremos de la imputación⁶⁶¹.

En relación con el deseo de garantizar la libertad del testigo y el perito en su deposición se han establecido una serie de medidas de protección, reguladas en el art. 2 LO 19/1994, orientadas a salvaguardar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo. El art. 2 de la citada Ley 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, y en la práctica de cualquier diligencia se deberá utilizar en su comparecencia cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal. En la fase de plenario, el órgano judicial competente debe pronunciarse motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, e incluso deberá decidir sobre la conveniencia de la adopción de otras nuevas, tras una previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate (art. 4 LO 19/1994).

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 36.

Entre las medidas que se pueden acordar tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral para preservar la identidad del testigo o perito está, como es lógico, la declaración por videoconferencia (arts. 325 y 731.bis LECrim). Con esta previsión se introduce la recomendación de la Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 1995⁶⁶², relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, la cual aconsejaba a los Estados Miembros de la Unión Europea “la posibilidad de declarar en un lugar distinto de aquél en el que se encuentra la persona objeto de la diligencia, recurriendo, en caso necesario, a procedimientos audiovisuales y de conformidad con el principio de audiencia contradictoria”.

La videoconferencia es muy útil, por un lado, para garantizar la identidad del declarante y, por otro, para que este preste declaración con absoluta tranquilidad, sin la intimidación que pudiera derivarse de la confrontación visual del testigo o perito con el imputado o acusado, y por tanto afectar a la veracidad de lo que dijese. El sistema de protección de testigos ha de realizarse a través de un testimonio oculto, y no de un testimonio anónimo, en la medida que esta última modalidad de declaración procede de una persona que no se identifica, por lo que difícilmente puede realizarse una efectiva contradicción, lo cual va en contra del art.

⁶⁶² DOCE C 327, de 7 de diciembre de 1995.

24.2 CE así como del art. 6 CEDH⁶⁶³. Si bien, la imagen que se va a recibir en los Juzgados, será necesariamente deformada, borrosa, para que no se pueda distinguir la figura del declarante, y en el mismo sentido tendrá que distorsionarse su voz, para que tampoco pueda ser reconocido por este factor⁶⁶⁴.

Como es lógico, cuando el órgano jurisdiccional concluya que se debe acudir a la videoconferencia para proteger a los testigos y/o peritos, esta resolución deberá ser motivada, por tanto tendrá forma de auto, detallándose todas las razones que llevan a adoptar esta medida, puesto que no hay que olvidar que esta tiene un carácter excepcional y no general. En caso de que no se produzca tal fundamentación estaríamos incurriendo en vulneración del derecho de defensa. Así lo entendió la Audiencia Provincial de Girona, Sección 3ª, en su Sentencia núm. 456/2007, de 6 de julio⁶⁶⁵, puesto que se autorizó el uso de la videoconferencia para protección de testigos pero no se esgrimieron los razonamientos que llevó al Juzgado de lo Penal de Girona núm. 3 a tomar tal decisión: “*Nada de lo anterior ha quedado acreditado en el presente caso (las*

⁶⁶³ En este sentido STC núm. 64, de 28 de febrero de 1994 (BDA RTC 1994\64) y SSTEDH Caso Kostovski contra Países Bajos TEDH , sentencia de 20 noviembre 1989. TEDH 1989\21 Caso Windisch contra Austria TEDH , sentencia de 27 septiembre 1990. TEDH 1990\21 Caso Lüdi contra Suiza. Sentencia de 15 junio 1992 TEDH 1992\51.

⁶⁶⁴ Cfr. en este sentido STS núm. 910/2013, de 3 de diciembre (BDA RTC 2014\485).

⁶⁶⁵ BDA JUR 2007\332348.

razones que justificaban el uso de la videoconferencia en la prestación de testimonio), por lo que es palmariamente evidente que se ha vulnerado en forma manifiesta el derecho a un proceso con todas las garantías del acusado, y, por tanto, que debe anularse el juicio y celebrarse otro en el que se asegure la visibilidad propia del acto, con la necesaria confrontación del acusado con los testigos de cargo” (F.J. 2).

Otra cuestión diferente es la notificación a las partes de la adopción de esta medida de protección. Según el Tribunal Supremo, ello es sólo una mera irregularidad sin relevancia constitucional, y por consiguiente no vulnera ni el derecho de defensa ni el derecho a un proceso con todas las garantías⁶⁶⁶.

En otro orden de cosas, hemos de destacar que, a diferencia de otros delitos, la declaración de testigos y peritos protegidos no se va a realizar en la propia sede del órgano jurisdiccional, por lo que la intimidación en su propia declaración, y la seguridad del deponente, prácticamente obligan a que se realice en un lugar diferente, como pudiera ser el domicilio del compareciente⁶⁶⁷, sin que por ello se desvirtúe el valor probatorio de su declaración.

Por último, debemos poner de manifiesto que en la regulación futura que se está barajando sobre las concretas medidas dirigidas a

⁶⁶⁶ STS núm. 172/2007, de 27 de febrero (BDA RJ 2007\2528).

⁶⁶⁷ SAP de Huesca, Sección 1ª, núm. 105, de 15 de julio de 2009 (BDA ARP 2010\331).

la protección de testigos y peritos en el TACPP no se establece la posibilidad de deposición a través de videoconferencia. Esto nos parece un error de bulto, por cuanto se prima la protección en el traslado del testigo al Juzgado, poniendo a su disposición las medidas de seguridad necesarias, cuando con una medida más económica y más segura se protegería la integridad física de estas personas que corren un grave riesgo de acudir al Juzgado a deponer⁶⁶⁸.

Explicada la utilización de medios audiovisuales como método auxiliar en la declaración de personas sometidas a un programa de protección de testigos, hemos de valorar, de acuerdo con lo expuesto en el segundo capítulo de este estudio, si en la deposición por videoconferencia de un testigo protegido se observan los principios inherentes a toda prueba testifical: publicidad, igualdad de armas, intermediación y contradicción.

En lo concerniente a la publicidad, esta no puede verse deslucida por la declaración por medios audiovisuales de un testigo oculto, pues el fin primordial de la publicidad es la realización de un juicio público, abierto al control social de la ciudadanía, por lo que desde el preciso momento en el que tal declaración virtual puede verse por los justiciables no existe ningún de que el funcionamiento de los Tribunales sea de conocimiento

⁶⁶⁸ Cfr. el art. 377 TACPP.

público y pueda ser sometido a control de los justiciables, no se ha visto empañado en modo alguno en este caso.

En relación con la igualdad de armas, no se puede decir que exista una vulneración de este derecho consagrado en el art. 24.2 CE, pues, partiendo de que el testimonio debe ser oculto y no anónimo, en todo momento se faculta a la defensa a interrogar al testigo en igualdad de condiciones que las partes acusadoras. Y a idéntica conclusión se debe llegar respecto de la contradicción, en la medida que todas las partes tienen acceso a formular las preguntas oportunas al testigo.

Sin embargo, mayores problemas se ciernen sobre la intermediación, en la medida que si se efectúa el testimonio oculto a través de videoconferencia, como hemos señalado, se deberá distorsionar su imagen y su voz, para no ser reconocido, en cuyo caso, el juez o magistrado, difícilmente podrán apreciar gestos, tonos de voz, es decir, analizar la credibilidad del testigo, cuestión que no sucedería en otras técnicas que se emplean como el biombo, pues el juez podrá ver al testigo apartado de la vista del acusado, pero que, sin embargo, favorecen que estas declaraciones se produzcan en pro de la impartición de la justicia y de la búsqueda de la verdad.

En este caso, ¿se debe renunciar a la intermediación para la consecución de una justicia, valga la redundancia, más justa? O realmente sacrificar este principio, ¿implicará una justicia menos

justa? La respuesta es compleja, pero como en cualquier faceta de la vida no hay nada blanco o negro, ni nada es absolutamente casto y puro, siempre hay que hacer renunciaciones para poder lograr el equilibrio. Por ello, entendemos que se puede omitir la inmediación en este caso, habida cuenta que los derechos más importantes del acusado están plenamente garantizados, cuales son el derecho de defensa, de publicidad, de contradicción y el de igualdad de armas.

Por tanto, si ponemos en un lado de la balanza la inmediación y en el otro la seguridad de los testigos, la averiguación de la verdad y la eficacia a la hora de administrar justicia, está claro que se declinaría por este último lado y no por el de la inmediación. De hecho, como ya hemos expuesto, existen ciertas excepciones, como la prueba preconstituida y anticipada, en las que no se va a analizar la credibilidad del testigo por parte del juzgador, ya que éste no va a comparecer por diferentes motivos a la Sala de Vistas. En suma, si existen ciertas singularidades procesales carentes de inmediación, y que no han sido cuestionadas por nuestra jurisprudencia, mayores razones habrá para admitir el testimonio oculto de un testigo protegido a través de videoconferencia, pues si bien, la inmediación brillará por su ausencia, esta ausencia no será tan drástica como en la lectura de un testimonio dado en el procedimiento preliminar, porque al menos, si existirá una declaración espontánea en ese justo momento procedimental, esto

es, en la práctica de prueba testifical oculta a través de medios audiovisuales.

En conclusión, las declaraciones de testigos protegidos a través de videoconferencia, no quebranta en esencia los derechos del acusado, ni va en contra del derecho a un juicio justo, por lo que, en atención a la importancia de que estos testigos presten testimonio con el fin de obtener una sentencia condenatoria que, de otra forma, no sería posible, se ha de procurar convencer al testigo que su seguridad personal está garantizada, y evitarse de esta forma en la medida de lo posible traumas psicológicos como todas aquéllas tensiones, coacciones e intimidaciones que pudieran padecer en relación con los acusados.

En nuestra opinión, resulta absurdo y carente de toda lógica no emplear un medio que tenemos a nuestro alcance para lograr la estabilidad emocional de una persona cuando depone, así como lograr con este medio técnico una justicia más eficiente y eficaz.

B) Menores de edad

Las declaraciones de las víctimas menores de edad, presentan una serie de dificultades cuando se prestan tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral. Los principales inconvenientes que se pueden apreciar son los siguientes: en la gran mayoría de casos constituye la única prueba disponible para valorar

por el juez si el acusado es culpable o inocente; a su vez, el menor se debe someter a una gran cantidad de exploraciones en el caso de delitos sexuales; existe un gran lapso de tiempo desde que se produjeron los hechos hasta la celebración del juicio oral, y como consecuencia de ese lapso de tiempo, puede recibir presiones de su entorno familiar cuando el delito se ha cometido en el ámbito doméstico para que en la fase de plenario modifique su declaración; por último, hay que determinar si las declaraciones de los menores son veraces, o sus temores han sido fruto de su imaginación, o inducidos a mentir por otra persona para provocar un grave daño al acusado (v. gr. divorcios conflictivos).

El testimonio del menor, al ser sujeto pasivo habitual de delitos de corte sexual, suele constituir en numerosas ocasiones la única prueba sobre el que fundamentar un fallo condenatorio. Dos cuestiones surgen en relación con la prestación de testimonio del menor víctima: la primera de ellas su admisibilidad para prestar declaración y la segunda si es suficiente su testimonio como prueba de cargo y por tanto puede servir para fundamentar una sentencia condenatoria.

En relación con la primera cuestión, debemos indicar que en la LECrim no existe ningún impedimento legal para que el menor de edad declare en el proceso penal. A diferencia de lo que sí sucede en el proceso civil (art. 361.2 LECiv), en el cual las declaraciones de los menores de 14 años son inválidas, a no ser que a juicio del

Juez, estos posean el discernimiento necesario para conocer y en consecuencia declarar verazmente. En la LECrim no existe ninguna excepción a esta declaración, ni tan siquiera hay un precepto que indique cuáles son las incapacidades legales ni posibles tachas. Simplemente el art. 417.3º LECrim dispone que “*no podrán ser obligados a declarar como testigos*”, no tratándose por tanto de una prohibición, sino de una potestad, asimismo por si queda algún género de duda de que el menor víctima puede prestar testimonio, el art. 433 realiza una distinción entre el interrogatorio de un púber de un impúber⁶⁶⁹.

Es más, para la prestación de tal declaración, ya no es necesario ni ponderar el “interés del menor”, ni la emisión de un informe previo pericial favorable a la deposición, pues tras la reforma del art. 707 LECrim por disposición final 1.3 de Ley Orgánica 8/2006, de 4 diciembre⁶⁷⁰, modificadora de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se han suprimido ambas formalidades⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Sobre el diferente tratamiento civil y penal en la declaración de menores es interesante consultar la STS núm. 775/1992, de 6 de abril (BDA RJ 1992\2857). Por su parte, el art. 383 TACPP, relativo a la declaración de testigos menores de edad, no prohíbe tampoco su declaración testifical.

⁶⁷⁰ BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006.

⁶⁷¹ Anteriormente era necesario para acordar la declaración testifical del impúber, que existiera un interés propio del mismo además de un informe pericial que así lo aconsejara. En lo referente al interés del menor en relación con la justicia penal GIMENO JUBERO, afirma que “si lo primordial es el interés superior de los menores y tenemos en cuenta la diversidad de casos que pueden plantearse, habrá que establecer un método para que sólo acceda a la justicia penal aquello

Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC núm. 152/2005, de 6 junio)⁶⁷² ha reconocido el derecho del menor a ser oído en todo proceso, cualquiera que sea el orden jurisdiccional, pudiéndose producir en caso contrario su nulidad: “Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor, que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por

que tenga esa naturaleza, e incluso no es descabellado que, sobre la base de ese interés superior pueda haber alguna situación en la que resulte más conveniente utilizar criterios de oportunidad y, aquí, el Ministerio Fiscal ha de jugar un papel primordial”. GIMENO JUBERO, M.A., “Menores maltratados: derechos de la víctima y garantía del proceso”, en *Protección de menores en el Código Penal*, ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 190. Con la actual regulación ya no existe esta posibilidad de introducir criterios de oportunidad en el proceso penal en relación con la declaración de los menores de edad. En otros países, no es suficiente por sí sola la declaración del menor como prueba de cargo, por ejemplo en Estados Unidos es necesaria una corroboración por los peritos sobre la credibilidad del testimonio. Vid. CLAIBORNE KOSKI, J., "The defenestration of corroborating evidence", en *University of Miami Law Review*, vol. 46, septiembre de 1991, pp. 227-230.

⁶⁷² BDA RTC 2005\152.

Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor”.

Respecto de que la prueba testifical del menor siendo la única de la que dispone el juez para formar su convicción, sea suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, existe una nutrida jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional que avalan esta posibilidad⁶⁷³.

Ello, no obstante, el Tribunal Supremo exige que se den una serie de premisas, así a modo de ejemplo podemos citar la STS núm. 820/2007, de 15 de octubre⁶⁷⁴, en el que el testimonio de la víctima menor de edad, la cual había sufrido un delito continuado de abusos sexuales, constituía la única prueba de la que disponía el juez para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. En este caso el Alto Tribunal entendió que se daban todas las circunstancias en la declaración de la niña para fundar sobre esta prueba un fallo condenatorio.

Estas circunstancias, reiteradas continuamente por la jurisprudencia del TS, son las siguientes: “*a) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones entre el*

⁶⁷³ El Tribunal Constitucional, ha admitido la validez de la declaración de la víctima como prueba de cargo en diversas ocasiones, entre otras: SSTC núm. 201/1989, de 30 de noviembre (BDA RTC 1989\201), núm. 173/1990, de 12 de noviembre (BDA RTC 1990\173), núm. 229/1991, de 28 de noviembre (BDA RTC 1991\229).

⁶⁷⁴ EDJ 2007/206071.

declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; b) verosimilitud, es decir constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, en cuanto que la víctima puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (arts. 109 y 110 LECr) o, cuando menos, la inexistencia de datos de tal carácter objetivo, que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y c) persistencia en la incriminación, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Existe un gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo, en la que se reiteran estos criterios para considerar el testimonio único como suficiente para desvirtuar la inocencia del acusado, así por ejemplo, entre otras: SSTS núm. 608/2007, de 10 de julio (BDA RJ 2007\3659), núm. 1353/2005, de 16 de noviembre de 2005 (BDA RJ 2006\118), núm. 777/1997, de 27 de mayo (BDA RJ 1997\4440). En el caso de los menores víctimas de delitos, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la verosimilitud de sus declaraciones son

Si en la declaración del testigo-víctima no se reflejaran las condiciones que el Tribunal Supremo indica no se podría fundamentar en este testimonio una sentencia condenatoria, tal y como se expresa en STS núm. 1029/1997, de 29 de diciembre⁶⁷⁶:
“En el caso actual no se cumple ninguno de dichos requisitos, por lo que la referida declaración carece de valor probatorio como prueba de cargo apta para desvirtuar por sí sola la presunción constitucional de inocencia. No se trata de que la declaración de la denunciante adolezca de alguno de dichos requisitos, lo que podría calificarse como una cuestión valorativa, valoración que incumbe al Tribunal sentenciador, sino que la carencia es aplicable a los tres, lo que determina un vacío probatorio que no permite fundamentar una sentencia condenatoria. Una condena en tales condiciones vacía de contenido efectivo el derecho a la presunción de inocencia, pues la acusación se da por probada por sí misma, trasladando la carga de la prueba de su inocencia al propio acusado, determinando además su indefensión cuando, como sucede en este caso, la indeterminación temporal y circunstancial

fundamentales para tomar esa deposición como prueba de cargo y en ella fundar un fallo condenatorio, para ello se hace necesario una peritaje que evalúe la credibilidad de las declaraciones de menores, puesto que en ocasiones sus denuncias son fruto de revanchas hacia sus cuidadores. Sobre la credibilidad del menor en su declaración vid. ALONSO QUECUTY, M. L., "Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual", disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=829> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2007).

⁶⁷⁶ BDA RJ 1997/9218.

de los cargos imposibilita, en la práctica, la acreditación de su eventual falsedad”.

Con todo, si bien legalmente se puede llevar a cabo las declaraciones de menores de edad, sin embargo, hay que andar con mucha cautela en la valoración judicial de las mismas, en la medida que poseen una disminución de su capacidad física y psíquica. Por un lado, la percepción de la realidad que efectúan a través de sus sentidos no es del todo fiable, habida cuenta que aún están en período de formación y de desarrollo. Por otro, sobretudo en relación con los púberes y los adolescentes, son seres extraños, inquietos, sospechosos y turbulentos, lo cual implica que su percepción de la realidad no sea real⁶⁷⁷.

En este sentido, como se plantea WATZLAWICK, “¿es real la realidad?”, “a primera vista, se diría que se trata de una tesis paradójica, que pone el carro delante de la yunta, dado que la realidad es, de toda evidencia, lo que la cosa es realmente, mientras que la comunicación es sólo el modo y manera de describirla y de informar sobre ella”, sin embargo “el desvencijado andamiaje de nuestras cotidianas percepciones de la realidad es, propiamente hablando, ilusorio, y que no hacemos sino repararlo y apuntalarlo de continuo, incluso al alto precio de tener que distorsionar los hechos que no contradigan a nuestro concepto de la realidad, en vez

⁶⁷⁷ ROMERO COLOMA, *Problemática jurídica de los testimonios...*, cit., p. 41.

de hacer lo contrario, es decir, en vez de acomodar nuestra concepción del mundo a los ecos incontrovertibles”⁶⁷⁸.

En los menores de edad se produce una inversión de la realidad, una transformación de los valores, se percibe una fuerte sugestibilidad en su comportamiento unido a la timidez, lo cual provoca que en muchas ocasiones, acusaciones por delitos sexuales, por ejemplo acusaciones de escolares contra maestros, hay que extremar al máximo la prudencia y no dar nada por sabido, el juez o magistrado deberá limpiar su mente de prejuicios⁶⁷⁹. “Hay que tener en cuenta, además, que muchas mentiras tanto de púberes como de adolescentes, son debidas, en muchas ocasiones, percepciones erróneas, así como a irregularidades en la memoria afectiva, lo que conduce a que insinúen falsos recuerdos, provocados, a veces, por imágenes soñadas y no percibidas en realidad”.

En principio, tal y como establece el art. 439 de nuestra LECrim, no se pueden efectuar preguntas capciosas y sugestivas, por lo que en principio esta sugestibilidad que estamos hablando del menor, no se daría, y decimos en principio, porque no se va a poder evitar las llamadas “*leading questions*” –terminología propia del *common law*-, esto es, las llamadas cuestiones guiadas,

⁶⁷⁸ WATZLAWICK, P., *¿Es real la realidad?: confusión, desinformación, comunicación* (trad. VILLANUEVA SALAS, M.), ed. Herder, Barcelona, 1981, p. 7.

⁶⁷⁹ ROMERO COLOMA, *Problemática jurídica de los testimonios...*, cit., p. 42.

preguntas que tratan de obtener la respuesta que se pretende, las cuales se efectúan, no sólo por su contenido, sino por el tono de voz empleado.

Lo ideal sería que el juez que presenciara el interrogatorio tuviera conocimientos de Psicología y Psiquiatría, pero como esto no sucede, se debe advertir que se ha de estar alerta, tanto en la forma de realizar las preguntas como en las respuestas del menor explorado. Alerta que se ha de extremar aún más si cabe, si la exploración es llevada a término a través de videoconferencia, tanto en la diligencia de investigación como en el acto de prueba.

Como bien afirmaba MORENO CATENA, la diligencia de investigación consistente en el examen de una persona ajena al procedimiento penal para que realice una declaración de conocimiento realmente no difiere de la prueba de testigos practicada en el juicio oral, pero su finalidad es completamente diferente desde un punto de vista estrictamente procesal, tanto por su valor, como por el procedimiento que ha de seguir, en la medida que la declaración testifical en la instrucción sumarial se encuentra destinada a averiguar los hechos y a determinar las personas responsables, por lo que el interrogatorio en esta fase preliminar del

proceso deberá dirigirse de modo primordial a que el testigo transmita al Juez lo que sepa⁶⁸⁰.

Otra de las complicaciones que se presentan en la declaración del menor víctima es el de la multitud de deposiciones que debe realizar. El menor llega a ser explorado como mínimo ante tres sujetos diferentes y en tres ocasiones distintas: ante la policía o la fiscalía de menores, posteriormente ratificación de lo dicho ante una de estas dos instituciones en presencia del Juez de Instrucción, y finalmente deberá testificar en el acto de juicio oral⁶⁸¹. Todas estas declaraciones, pueden llegar a producir la estigmatización del menor-víctima, e influir muy negativamente en el testimonio final que tendrá lugar en el acto del juicio oral, constituyendo esta testifical, la realmente importante y necesaria de ser la única prueba existente, para fundar sobre la misma un fallo condenatorio, puesto que con base en un proceso acusatorio como el nuestro, en el que confluyen los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad, sólo es prueba la practicada en la fase de juicio oral.

Íntimamente relacionado con esta victimización secundaria que sufre el menor, se encuentra el transcurso de tiempo desde que se formaliza la denuncia hasta que tiene lugar el juicio oral. El

⁶⁸⁰ MORENO CATENA, V., GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1980, pág. 81.

⁶⁸¹ PÉREZ MARTELL, R., “La declaración del menor en el proceso penal...”, cit., disponible en: http://www.acaip.info/docu/menores/declaracion_menor.pdf (fecha de consulta: 10 de julio de 2007).

principal problema que se produce es que ha pasado mucho tiempo desde que se produjeron los hechos delictivos hasta que se inicia la vista. Este lapso presenta una serie de adversidades, el niño puede o bien haber iniciado un proceso de recuperación o haber sufrido una serie de secuelas post-delictivas suponiendo su declaración en el acto de juicio oral un riesgo de padecer un alto nivel de estrés, pues ha de recordar hechos dolorosos que pueden implicar a personas con las que ha estado vinculado emocionalmente; todo ello relacionado con la confrontación visual con su presunto agresor, con el contexto en el que se halla (sala, vestuario, y roles profesionales), el cual no está precisamente pensado para acoger a niños que se sienten solos en un ambiente desconocido e impresionante y con el hecho de responder a preguntas formuladas en un lenguaje que apenas entiende, pueden incidir todos estos factores acabados de enumerar, muy nefastamente en la deposición del menor⁶⁸².

Otra consecuencia negativa de este excesivo transcurso de tiempo hasta que se desarrolla la fase de plenario en el proceso penal es el de la posible variación del testimonio del menor, entre lo declarado ante la policía y Juez de Instrucción, a lo dicho ante el Juez sentenciador. Este cambio se puede deber a presiones e intimidaciones provocadas por su presunto agresor, principalmente

⁶⁸² *Ibidem.*

cuando el menor es víctima de hechos delictivos cometidos en el ámbito doméstico.

Todos estas vicisitudes que presenta la declaración del menor víctima de un hecho criminal, pueden mitigarse, como indica PÉREZ MARTELL, mediante una necesaria coordinación entre todos los operadores que intervienen durante la declaración del menor, modificar el lenguaje judicial usando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño, mejorando el entorno físico de la Sala, usar una terminología más comprensible para el menor, entre otros, pero sin duda alguna la introducción de las nuevas tecnologías, y en particular el uso de la videoconferencia, como medio para realizar todas las declaraciones que debe prestar el niño en cualquier fase del procedimiento es la mejor solución para atenuar todos los posibles contratiempos que hemos expuesto, “como en otros países, debemos adecuar nuestras leyes procesales, de tal manera, que se garanticen, los derechos del encausado, pero que no se siga atentando al interés del menor y su derecho al pleno desarrollo de la personalidad”⁶⁸³.

Esto último es precisamente lo que se ha hecho en España, introduciendo por medio de la LO 14/1999, de 9 de junio, junto con los arts. 448 y 707 de la LECrim, el uso de la videoconferencia

⁶⁸³ ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*, Universidad de Alicante, 2003, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=13181> (fecha de consulta: 23 de septiembre 2007).

en el proceso penal en la declaración de menores. Esta introducción fue motivada por la trascendental importancia que posee el interés del menor, interés que se hallaba ya reconocido en textos internacionales como por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño⁶⁸⁴, o en normas estatales tales como la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶⁸⁵, o la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor⁶⁸⁶, consistiendo el mencionado interés en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ en “una ventaja efectiva para el niño o adolescente (componente positivo), conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él (componente negativo); elementos o componentes que, por ser compatibles, unas veces se presentan conjuntamente (su interés concreto reside en proporcionarle las mejores opciones y evitarle riesgos o perjuicio próximos), otras como alternativos: por ejemplo, evitarle perjuicios verosímiles, males mayores, o elegir para él la opción menos mala ya que no se le puede proporcionar lo mejor posible o deseable”⁶⁸⁷.

A todo ello se debe añadir, que la utilización de la videoconferencia en el proceso penal con menores, se vio reforzada

⁶⁸⁴ Ratificado por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁶⁸⁵ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁶⁸⁶ BOE núm. 13, de 13 de enero de 2000.

⁶⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 62-63.

por medio de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 octubre, por la que se incorporó al proceso penal español, la posibilidad de la utilización de la videoconferencia en cualquier fase del procedimiento (arts. 229.3 y 230.1 LOPJ, 325 y 731. bis LECrim).

Los medios audiovisuales en las declaraciones de los niños sujetos pasivos de delitos, tanto en fase de instrucción como de plenario, van a ser utilizados sobre todo para evitar la confrontación visual del menor con su agresor.

El hecho de eludir esa confrontación entre víctima-menor y ofensor no es una novedad en nuestra práctica judicial. Antes de la incorporación de la videoconferencia, se acudía a la llamada técnica del biombo, que generó no pocos debates jurídicos, sobre todo en lo relativo al quebrantamiento de los principios de inmediación y contradicción procesal. Este medio consistía en colocar un biombo delante del menor, de forma que este podía ser preguntado por todas las partes intervinientes en el proceso, pero a su vez, se sorteaba la posibilidad de que el niño viese al acusado. Esta técnica ha sido en la gran mayoría de casos admitida tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional⁶⁸⁸, si

⁶⁸⁸ Entre otras: SSTS núm. 913/1997, de 24 de junio (EDJ 1997/5549), núm. 133/2001, de 5 de febrero (EDJ 2001/2906), núm. 673/2007, de 19 de julio (EDJ 2007/100821). El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado acerca de la técnica del biombo, pero sí sobre otra serie de medidas adoptadas para evitar la confrontación visual entre la víctima y su agresor en el momento de su deposición en el juicio oral, concluyendo que eran constitucionales. Podemos poner como ejemplo de esta doctrina la STC núm. 64/1994, de 28 de febrero

bien en otras ocasiones, la postura del Tribunal Supremo fue la de su no permisión por considerar que se vulneraba el derecho de defensa, al no respetarse el principio de contradicción, así en STS núm. 827/1998, de 16 de junio⁶⁸⁹, el Alto Tribunal concluyó lo siguiente⁶⁹⁰: “La declaración de la hija debió celebrarse en condiciones de verdadera contradicción, de la que fue privado al evitar que la niña fuera confrontada con su padre, situación a la que no obstaba lo que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente ya al celebrarse la vista,

(BDA RTC 1994\64), en la que se declaró constitucional el testimonio de un menor que sirvió como prueba de cargo para condenar, el cual se realizó sin que fuera visto el niño por el acusado y su defensa, pero no sin ser oído, amén de que la defensa disponía de la identidad del testigo, ostentando asimismo en todo momento la facultad de realizarle las preguntas que estimara pertinentes, por todo ello según el Tribunal Constitucional, no se vulneraba derecho fundamental alguno.

⁶⁸⁹ BDA RJ 1998\5374.

⁶⁹⁰ Esta Sentencia ha sido muy criticada por una gran mayoría de la doctrina, por ejemplo FÁBREGA RUIZ, considera que se hizo una interpretación excesivamente lineal del derecho a la defensa, desconociendo que el propio ordenamiento jurídico admite situaciones excepcionales adoptándose en esta resolución una posición garantista pero ignorante de los derechos de las víctimas, y particularmente de los niños, por otro lado realizó una interpretación de la contradicción como confrontación entre testigo y acusado (en opinión nuestra y no del autor citado, se realiza en esta sentencia una interpretación de la contradicción más próxima a un proceso adversarial, propio del sistema anglosajón, que al acusatorio, modelo en el que se basa nuestra sistema procesal penal) y se aparta, continúa diciendo este autor, de la interpretación sobre la indefensión que se recogía en STS de 17 de septiembre de 1990 (BDA RJ 1990\7167), y de la doctrina del Tribunal Constitucional, que en este punto venía siendo la de admitir la elusión de la confrontación visual de los menores víctimas con el acusado. FÁBREGA RUIZ, C.F., "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, p. 2021.

respecto a que en los procedimientos judiciales las comparecencias del mismo se realicen de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo y cuidando de preservar su intimidad (artículo 9.1) ni a la vigencia del principio rector de la actuación sobre menores por parte de los poderes públicos consistente en la prevención de situaciones que pudieran perjudicar su desarrollo personal [artículo 11.2, d)]. La necesidad de que la prueba testifical, en este caso prácticamente la única prueba de cargo directa existente, se realizara con real contradicción de forma que la testigo se confrontara conociendo que así lo hacía con la persona a quien podía acusar, prima sobre cualquier otro hipotético perjuicio para el desarrollo de la menor, que no tendría que ser afectado por la confrontación con su padre, sino sólo, y siempre que efectivamente se probaran, por unas relaciones de carácter sexual inapropiadas que con él hubiera podido previamente mantener, pero no por su recuerdo y manifestación en caso de haber existido”.

El recurso a la técnica de la videoconferencia como medio para eludir la confrontación visual, resulta una mejor solución para equilibrar los derechos de las diferentes posiciones que existen en un proceso penal, por un lado sirve para respetar mejor las garantías del procesado y de otro para evitar la estigmatización de la víctima.

Por este motivo, hubo numerosos tribunales que abandonaron los medios rudimentarios como el biombo o la mampara, utilizando la videoconferencia que se hallaba instalada en sus tribunales, amparándose como hemos visto *supra*, en los artículos 448 y 707 LECrim y 230 LOPJ. Este fue el caso de la Audiencia Provincial de Sevilla⁶⁹¹, de Madrid⁶⁹² o de Alicante⁶⁹³, incluso en esta última se ha adoptado un Protocolo de actuación entre la mencionada Audiencia y los Juzgados de Alicante, de 24 de octubre de 2004, siendo su finalidad evitar que las víctimas más vulnerables tengan que declarar obligatoriamente en la misma Sala en la que se halla presente el acusado, deponiendo en otra ubicación por videoconferencia⁶⁹⁴.

El Tribunal Supremo, ya se ha pronunciado en relación a la viabilidad legal del uso de la videoconferencia en la declaración de menores de edad, y no encuentra impedimento constitucional alguno a su empleo⁶⁹⁵, y nos recuerda en STS núm. 701/2004, de 21 de mayo⁶⁹⁶, que: “Los principios de protección del menor

⁶⁹¹ SAP de Sevilla núm. 52/2002, Sección 1ª, de 5 de febrero (BDA JUR 2002\88888).

⁶⁹² SAP de Madrid núm. 351/2002, Sección 5ª, de 8 de febrero (BDA JUR 2002\124743).

⁶⁹³ SAP Alicante núm. 549/2002, Sección 1ª, de 2 de diciembre de 2002 (BDA ARP 2003\587).

⁶⁹⁴ MAGRO SERVET, V., "La victimación secundaria de los menores en el proceso penal", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 3, 2005, p. 1951.

⁶⁹⁵ STS núm. 275/2005, de 2 de marzo (BDA RJ 2005\2724).

⁶⁹⁶ BDA RJ 2005\4092.

víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la revictimización o victimización secundaria, que todo proceso lleva consigo...el párrafo segundo del art. 707 de la LECr. (introducido por la LO 14/99 de 9 de junio) prescribe que cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.... En esta línea, el art. 229 de la LOPJ (tras la reforma producida por la LO 19/2003, de 24 de diciembre), después de proclamar en su núm. 2 que las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el juez o tribunal, con presencia e intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley, admite en su párrafo 3 que estas actuaciones se realicen a través de videoconferencia u otros sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y del sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre las 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... Y, finalmente, el art. 325 de la LECr. (redacción de la LO 13/03, de 24 de octubre) admite que el Juez de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquéllos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito 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 art. 229 de la LOPJ”.

Por ello, no entendemos como en la actualidad en la elaboración del futuro Código de Proceso Penal, no se está abordando la regulación específica de la videoconferencia para el caso de testigos menores de edad.

Genéricamente, por vía del art. 121 en relación con el art. 383.1ª TACPP, se podría emplear esta forma de deposición. Sin embargo, el apartado 3 del citado art. 383 dispone que: “el Fiscal, valorando la naturaleza de los hechos y las circunstancias del testigo menor de edad, podrá acordar que se tome declaración al mismo mediante la intervención de expertos; en cuyo caso, y si así se acordara, serán los únicos que estarán en presencia del menor y que le formularán las preguntas oportunas de la manera que le sea

menos perjudicial. En tal caso, la declaración así practicada deberá serlo en condiciones que permita a los Letrados de las partes presenciar la declaración y dirigir al testigo las preguntas que, siendo admisibles a criterio del Fiscal, se realizarán por medio de los citados expertos si se hallan presentes”⁶⁹⁷.

Es decir, se puede privar nuevamente en un supuesto interés del menor la ausencia del acusado de su propio juicio y la estigmatización del testigo-víctima menor de edad de tener que comparecer en un tribunal, ante unos expertos y en presencia de los Letrados, de Su Señoría, del Fiscal y del Secretario Judicial, es decir de todo el aparato judicial, contexto en el que difícilmente podrá deponer con absoluta tranquilidad (más victimación).

Sin embargo, como nos indica nuestro Alto Tribunal en Sentencia de núm. 1016/2012, de 20 diciembre⁶⁹⁸, no puede aceptarse que al amparo de toda la normativa tuitiva del menor se puede sostener su innecesaria comparecencia cuando éste es la víctima del delito penal que se está enjuiciando, pues, “los principios de protección del menor víctima han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que sea compatible su testimonio directo con la preservación de su privacidad, y disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en

⁶⁹⁷ Texto disponible en: <http://www.mjusticia.gob.es> (fecha de consulta: 10 de julio de 2014).

⁶⁹⁸ BDA RJ\2013\1646.

cuanto a la revictimación o victimación secundaria, que todo proceso lleva consigo. Incorporando así dicha normativa internacional a nuestro ordenamiento procesal, la más moderna jurisprudencia (SSTS núm. 173/2010, 1251/2009, 1033/2009, 96/2009, 694/2007, 151/2007 ó 429/2002) opta por una ampliación de la idea de «imposibilidad» de testificar en el juicio oral de los arts. 448, 777.2 y 797.2 LECrim (procedimientos ordinario, abreviado y urgente, respectivamente), de conformidad con lo cual, junto a los obstáculos materiales para la realización del testimonio, habrán de ser incluidos también aquellos casos en los que exista un riesgo cierto de producir con dicho testimonio en sede de enjuiciamiento graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual, de forma que, en estos casos, nada impide incluir entre los casos de imposibilidad aquéllos que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegido por la ley”.

De este modo, como nos indica el Tribunal Supremo en la citada sentencia, la comparecencia de la víctima menor edad en el juicio en lo que a delitos sexuales se refiere, se hace necesaria para esclarecer la autoría de los hechos enjuiciados, mostrándose la videoconferencia como una herramienta eficaz para preservar el interés del menor, debiéndose tener en cuenta que las deposiciones llevadas a término por los testigos-víctimas menores de edad a

través de este mecanismo han sido declaradas como constitucionales⁶⁹⁹.

Por ello, nos parece cuanto menos ilógico que no se tenga pensada la posibilidad de regulación específica de la deposición por videoconferencia, de al menos, del testigo-víctima menor de edad, pues el legislador no puede ir continuamente por detrás de la jurisprudencia, ya que el legislador no se atreve a ser innovador, al menos debería ser coherente con la realidad jurídica y social.

C) Otras víctimas especialmente vulnerables: víctimas de violencia de género

Otras víctimas especialmente vulnerables son las mujeres que sufren violencia y muerte en la actual sociedad. Violencia que ha tenido múltiples denominaciones: “violencia familiar”, “violencia de género” o “violencia doméstica”, si bien, se ha venido aplicando últimamente el término violencia de género para aquellos supuestos en los que un sujeto varón, ejerce la violencia física o psicológica en aras a controlar a la mujer y situarla en una posición de subordinación.

Estamos ante un problema social de enorme magnitud, como bien se expresa en el Preámbulo de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, este tipo de

⁶⁹⁹ Cfr. STC núm. 174/2011 de 7 noviembre (BDA RTC 2011\174).

violencia “no es un problema que afecte al ámbito privado, sino que se manifiesta como símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, en la medida que “se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

No estamos en presencia de un “problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios”⁷⁰⁰.

Recordemos que el ser humano, como individuo racional que es, al formar una sociedad organizada, ha imprimido una serie de pautas, de normas, con el fin de constituir una comunidad ordenada. Para ello se parte de la distinción kantiana entre el mundo del ser y el del deber ser. En la esfera del ser, pueden quedar reflejados hechos que produzcan en el mundo físico un daño, posicionándose en el deber ser el Derecho Penal, creado para proteger aquéllos valores de la convivencia social que merecen de una especial protección.

Hasta hace bien poco, en la esfera de la violencia de corte machista ejercitada sobre la mujer, no se hallaba dentro del deber

⁷⁰⁰ STS núm. 927/2000, de 24 de junio (BDA RJ 2000\5792).

ser del Derecho Penal⁷⁰¹. El primer paso en el reconocimiento de la discriminación hacia la mujer se da en el seno de Naciones Unidas, tras la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por resolución de la Asamblea General 34/180, de 18 diciembre 1979, debido sobre todo al esfuerzo llevado en este sentido por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (*UNIFEM*), organización que posteriormente logró también la aprobación de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer por resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de la ONU, culminando su ingente labor con la Cuarta Conferencia de la ONU sobre la mujer de 1995, en la que se aprobó la declaración de Beijing, por la que los Estados participantes se comprometieron entre otras cuestiones a: eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres y las niñas, y suprimir los obstáculos jurídicos y culturales al adelanto de la mujer en la sociedad; reconocer que los derechos humanos de la mujer son inalienables y constituyen parte integrante e indivisible de los derechos humanos universales; y reconocer que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre su

⁷⁰¹ A modo de ejemplo, durante la dictadura de Franco, existía la atenuante por *uxoricidio honoris causa*, esto es, por asesinar el cónyuge a su esposa porque ésta le había sido infiel.

sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente al respecto, sin coerción, discriminación ni violencia⁷⁰².

Con ello, se puede ver claramente cómo se reconoce la violencia de género como un aspecto que debe ser objeto de tutela del Derecho Penal, pero se debe recordar que para que poder castigar un hecho punible como delito, éste debe efectuarse a través del proceso. Cuestión fundamental ésta, pues para que el Derecho Penal cumpla con dos de sus fines: castigar y ejemplarizar, el delito ha de ser efectivamente castigado, y ponerse todos los medios materiales y procesales que sean efectivos al efecto de cumplir con este objetivo, eso sí, respetando siempre y en todo caso, los derechos fundamentales y principios procesales básicos del acusado.

En el TACPP se introduce un nuevo capítulo relativo al Estatuto de la Víctima, en el que se realiza en su art. 61 una definición de víctima especialmente vulnerable: *“las personas que por su edad, enfermedad, discapacidad o situación peculiar puedan sufrir efectos perjudiciales de relevancia por su intervención en cualquier actuación procesal se considerarán especialmente vulnerables. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los Tribunales adaptarán la forma del acto y tomarán las medidas necesarias para evitar o reducir todo lo que sea posible*

⁷⁰² Es susceptible de consultarse la Declaración de Beijing de 1995 en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/55/pr/pr29.pdf> (fecha de consulta: 26 de marzo de 2011).

tales efectos, con el dictamen de expertos si resulta conveniente y con respeto por el contenido esencial del derecho de defensa”.

Es decir, se realiza una definición genérica ausencia de contenido, en el que a las víctimas de violencia de género para ser consideradas como especialmente vulnerables habrá que estar a su “situación peculiar”.

Nos parece que introducir un Estatuto de la Víctima sin hacer, siquiera una mínima relación de víctimas especialmente vulnerables como pudieran ser las víctimas de violencia de género o los menores de edad, no obedece precisamente a un ánimo de protección de la víctima con el fin de evitar su desvictimación, sino a otros fines, más bien propagandísticos, para parecer que definitivamente la víctima no era la gran olvidada del proceso.

Sin embargo, seguirá siéndolo de no modificarse el futuro Código de Proceso Penal Español, por cuanto, tal y como se explica en la Exposición de Motivos del TACPP la creación de este Estatuto de la Víctima, no obedece a una protección de la víctima, sino a la introducción de la mediación penal en nuestro ordenamiento jurídico, pues: “la instauración de la mediación penal era una necesidad no solo impuesta por obligaciones internacionales, sino también sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias alentadoras y fructíferas. Otorgar carta de naturaleza legal a la mediación penal resultaba ineludible, pues hasta ahora, salvo en el ámbito del

derecho sancionador de menores, se movía en una situación de anomia normativa. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI) relativa al Estatuto de la Víctima en el proceso penal no ha llegado a ser desarrollada. Tal texto alentaba a los Estados miembros a *impulsar la mediación en las causas penales [...] y a velar para que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación [...]*. Esa decisión exigía una proyección en el Derecho penal de adultos como la exige la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que sustituye a la citada Decisión Marco, y que se ha tenido presente en la regulación de la mediación penal, escasa en preceptos –no es necesario más detalle- pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal. La justicia restaurativa se concibe no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, o a criterios utilitaristas o a la delincuencia menor. Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa. En la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo”.

En ocasiones, la mediación puede ser un buen elemento de solución de conflictos en casos de violencia esporádica con el fin de evitar la reiteración delictiva.

De este modo, la articulación dentro del proceso penal de un instrumento de gestión del conflicto criminal a través de la mediación que, permita la intervención procesal de la víctima, puede facilitarle la superación del miedo y la incertidumbre y adquirir una gran confianza y seguridad vital, amén de conseguir una reparación del daño sufrido. Por otro lado, este mecanismo de la mediación el agresor se va a responsabilizar de la conducta infractora, va a asumir como tal que se trata de un actuación ilícita, se va a responsabilizar de su actuación infractora. Por último, este mecanismo de la mediación penal en determinados supuestos de violencia de género, va a revertir positivamente en la sociedad a través del incremento de confianza en la impartición de justicia, devolviendo cierto protagonismo a la sociedad civil⁷⁰³.

En determinados supuestos desafortunadamente, la única vía posible será la retribución y el castigo, pero sin renunciar a la posterior re-educación del maltratador a fin de reinsertarlo

⁷⁰³ BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.009, pp. 23-24, CASTILLEJO MANZA, R., “Mediación en Violencia de género, una solución o un problema”, en AA.VV., *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dtor. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., coords. SANZ HERMIDA A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C.) ed. Colex, Madrid, 2.010, p. 198, BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 257-258.

socialmente y eludir la comisión de nuevos delitos de violencia de género.

Por ello, consideramos que la línea a seguir es la emprendida hasta la actualidad, sin renunciar a la línea de construcción de protección a la víctima de violencia de género y sin renunciar tampoco a la reinserción del maltratador y a la evitación de nuevos delitos a través de medios como la mediación penal y de políticas de re-educación y reinserción del agresor.

De este modo, junto a las acciones positivas y de discriminación inversa introducidas en el ámbito material penal⁷⁰⁴, se introdujeron, como bien sabemos, innovaciones en materia

⁷⁰⁴ Estas acciones positivas –medidas que tratan de nivelar la discriminación- y la discriminación inversa –otorgar privilegios en una relación a la parte más débil-, doctrina que parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en concreto, de la Sentencia de 17 de octubre de 1995, en el caso Eckhard Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen (BDA TJCE 1995\172), se introducen en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, de 28 diciembre de 2004. A raíz de esta Ley se introducen una serie de reformas en el Código Penal: se protege la integridad corporal y la salud de la mujer con un tipo agravado de lesiones (art. 148.4 CP); se deja de exigir la lesión para castigar como hecho delictivo los simples actos de maltrato o de violencia psíquica; distinguiendo para la carga penal si la víctima es mujer, o si es persona desvalida integrada en el círculo familiar o si es otra persona del círculo familiar, aunque razonablemente con menor pena que si la lesión se produce (art. 153 CP); se tutela específicamente el honor de la mujer, aún cuando la amenaza sea de carácter leve (art. 171.4 CP); se establece un tipo distinto de coacción cuando el sujeto pasivo sea la esposa o mujer que esté ligado al autor por relación análoga de afectividad, aún siendo leve (art. 172.2 CP); se castiga el atentado contra la integridad moral de la mujer, en aquéllos casos en los que exista un maltrato habitual sea físico o psíquico, con independencia de las lesiones o resultados concretos (art. 173.2 CP), y todo ello sin perjuicio de imponer las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

procesal, con la creación de un órgano judicial específico que son los Juzgados de Violencia de Género, que asumen competencias sobre todo en materia de instrucción y asuntos de derecho civil, así como del enjuiciamiento de determinadas faltas (art. 87.ter LOPJ).

Sin embargo, la mentada Ley, que en buena parte ha realizado una extraordinaria labor de carácter preventivo, educativo y asistencial, no ha sabido elaborar medidas específicas de protección de la víctima en la esfera judicial, puesto que, al tratarse de un hecho delictivo que se produce en la esfera *intrafamiliar*, tal y como sucede en los supuestos de menores de edad víctimas de delitos, su declaración es vital para lograr una prueba de cargo, y ello produce un buen número de problemas para enervar la presunción de inocencia del acusado.

En primer lugar, muchas veces es la única prueba disponible para poder condenar al acusado por lo que ello, unido al hecho de que la víctima decide no comparecer en el acto de juicio oral, pues la confrontación visual con su agresor le provoca auténtico pavor, movido por las secuelas psicológicas y emocionales que el maltrato físico y/o psíquico le han generado.

Es justamente por estos motivos junto con la finalidad de hacer factible su declaración en el proceso, lo que hace imprescindible evitar esa confrontación visual entre ofensor y ofendida, para que esta última decida testificar, y lo haga con tranquilidad y sosiego,

obteniendo de esta forma prueba de cargo para condenar y no dejar impune la comisión de un hecho criminal.

Para que el que derecho a la dignidad de la mujer, perturbado por una voluntad transgresora del mismo, sea, en la medida de lo posible, restablecido y restaurado, en todos los aspectos anteriores a la llegada de la violencia, y en cierto modo, sirva de ejemplo a la sociedad, de que dichas conductas no son toleradas por el Estado, y por ende, que han de ser desenterradas de los hábitos y modos de actuar de sus ciudadanos.

Por ello, en aras a obtener dicha prueba de cargo, contamos con herramientas, como la videoconferencia, en cuya virtud, la mujer víctima de malos tratos, tal y como vamos a pasar a exponer, puede deponer con total tranquilidad, sin necesidad de pisar la Sala de Vistas.

- a) Problemática general para la obtención de una prueba testifical de las víctimas de violencia de género

La relación entre la víctima y su agresor es un aspecto muy importante y de sumo interés procesal, en la medida que la naturaleza del agresor modifica la vivencia de la victimación. El impacto psíquico de la agresión humana, entraña un suplemento de aflicción con respecto al daño sufrido, de lo que se colige que el referido suplemento podrá adquirir dimensiones mayores por las

características del delito, del delincuente y de la reacción del entorno social ante el hecho victimizante, poniendo sumo énfasis en este entorno social, porque antes el maltrato hacia la mujer era un crimen pasional y ni tan siquiera era portada en los programas de los servicios informativos; sin embargo, hemos pasado del silencio, al morbo, lo cual tampoco ayuda a las víctimas, las cuales, antes se sentían estigmatizadas, porque nadie tomaba en consideración la dimensión de su problema, y ahora sin embargo, lejos de ayudarlas, son el foco de atención de la noticia, y objeto de persecución por periodistas que no les importa el fondo de la noticia, sino dar “carnaza” a la audiencia.

Sin embargo, la violencia hacia las mujeres por parte de sus parejas o ex parejas viene caracterizada por una serie de aspectos que le diferencia de otros tipos de violencia interpersonal⁷⁰⁵, por lo que el *iter* de la victimización también varía, como consecuencia de las siguientes particularidades:

- a. Se debe tener presente que agresor y víctima mantienen o han mantenido una relación afectiva y/o de convivencia; por tanto, para la víctima, el maltratador no es un desconocido o un enemigo que le ataca, sino

⁷⁰⁵ CALLE FERNÁNDEZ, S., "Consideraciones sobre la victimización secundaria en la atención social a las víctimas de la violencia de género", en *Portularia: Revista de Trabajo Social*, núm. 4, 2004, p. 63.

que es alguien con quien comparte o ha compartido su vida cotidiana.

- b. Es un hecho contrastado, que los episodios de agresiones poseen un inicio temprano. La mayor parte de las conductas violentas se producen bien al inicio de la convivencia sentimental, bien durante el embarazo o nacimiento de los hijos.
- c. La cronicidad de la violencia es otro aspecto a destacar, pues, antes de solicitar ayuda de las autoridades asistenciales, han sufrido un largo episodio de agresiones.
- d. Dichos episodios de agresiones son reiterados y repetidos, y de carácter cíclico, al producirse fases de incremento de la tensión que culminan con la agresión a la mujer, dando paso a otra fase de calma aparente, y cuya finalidad es lograr el control y la sumisión de las víctimas.
- e. Las diferentes vías que emprenden las víctimas para cambiar la conducta de su agresor –denuncia, huida, petición de ayuda a familiares- no logran su objetivo.
- f. Además, la violencia ejercitada sobre las mujeres genera una serie de secuelas tanto psíquicas como físicas. De esta suerte, al erigirse como un ser indefenso, provoca el llamado síndrome de la mujer

maltratada, esto es, un estrés postraumático, en el que se observan trastornos de ansiedad, depresión, disminución de la autoestima, pasividad, deterioro en la capacidad de control de sus vidas, re-vivencia de los sucesos traumáticos, que se asocian a sentimientos de culpa y vergüenza. Todo ello, sin olvidar los efectos que las agresiones producen en su salud física: desde las contusiones y lesiones crónicas, hasta el fallecimiento de la propia mujer⁷⁰⁶.

Desde el momento en el que la situación de maltrato se detecta, desde el preciso instante en el que la víctima es atendida por un extenso entramado de instituciones –asistencia médica, social, policial y judicial, fundamentalmente- genera el riesgo de que la víctima reviva las situaciones violentas, por lo que, esta victimización secundaria, contribuye en el plano judicial, a que la mujer, decida no declarar, esfumándose así una prueba de cargo vital para enervar la presunción de inocencia.

En principio, tal contratiempo no debería darse, en la medida que los arts. 410 y 707 LECrim establecen la obligación del llamado a comparecer ante el órgano jurisdiccional, sin embargo existe una excepción a este deber en el art. 416 del mismo texto legal. Este precepto dispensa de la necesidad de declarar a los

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 64.

parientes del procesado en línea directa ascendente o descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos, hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3º del artículo 261. Los supuestos de dispensa en la mencionada declaración tienen su razón de ser, en el hecho práctico, de que no es posible constreñir a una persona relacionada por razón de parentesco con el acusado a testificar en su contra, ante tal contrariedad, con toda probabilidad, se verá abocada a mentir para protegerle e incurrir en un delito de falso testimonio⁷⁰⁷.

En el caso de víctimas de delitos perpetrados en el terreno doméstico, como el de los malos tratos, este precepto constituye un obstáculo para castigarlos, pues este tipo de hechos criminales se cometen, como de sobra es sabido, en el ámbito del hogar, en un contexto completamente privado, cuyo único testigo será la propia víctima y ocasionalmente los hijos de esta, en su mayoría menores de edad, añadiéndose la práctica habitual de aprovechar el autor un especial momento de desprotección de la mujer víctima, siendo el resultado procesal que la única prueba con la que se va a contar es su declaración, y si la violencia no ha sido física, sino psíquica, las

⁷⁰⁷ MAGRO SERVET, V., "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECrim). ¿Es necesaria una reforma legal?", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, p. 1701.

dificultades probatorias son aún más complejas si cabe⁷⁰⁸; si la mujer opta por acogerse a la dispensa que le ofrece el art. 416 LECrim por temor a que las amenazas que le ha inferido el acusado se hagan realidad, y en consecuencia evitar la comparecencia en juicio, el resultado no puede ser más negativo, pues este delito quedará impune. De esta forma, una norma que estaba orientada a la protección de los familiares de los acusados, se convierte en desprotección en los casos de víctimas de violencia de género.

La incomparecencia de la mujer para declarar en contra de su marido es la tónica general en muchos juicios de lesiones por malos tratos, al irrumpir en ellas el temor de que sus agresores tomen represalias contra su persona, y esta incomparecencia provocará inevitablemente la suspensión del juicio oral. Así viene observándose de forma reiterada por el Tribunal Supremo⁷⁰⁹, cuando una declaración testifical sea necesaria para poder desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, si no comparece el llamado a deponer deberá suspenderse, entendiéndose por necesario ese testimonio: *“cuando la testifical ofrecida es el único medio de acreditar los hechos enjuiciados, y si se prescinde de él se puede llegar a una conculcación del derecho a disponer de las garantías procesales que ofrece la ley, y por tanto a una situación*

⁷⁰⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L., *Violencia de género y proceso*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 201.

⁷⁰⁹ Vid. entre otras SSTS núm. 1086/1993, de 14 de mayo (BDA RJ 1993\3908) núm. 1272/1993, de 2 junio (BDA RJ 1993\4699).

de indefensión que pugnaría con el art. 24 de la Constitución y art. 6.3.d) de la Convención Europea de Derechos Humanos”⁷¹⁰.

Dos son los problemas que gravitan en torno al art. 416 LECrim en relación con los delitos sobre violencia de género: si las personas relacionadas con el imputado por análoga relación de afectividad pueden o no incluirse en el ámbito subjetivo de aplicación de dicho precepto, y si puede acogerse al mismo la víctima de violencia de género, tanto víctima-denunciante como víctima que no ha presentado denuncia.

Comenzando por el primer aspecto, inclusión de las personas ligadas por análoga relación de afectividad con el imputado en el ámbito de este precepto, esta cuestión está hoy día solucionada, pues la reforma del art. 416 LECrim por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, incluye expresamente la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial dentro del ámbito de este artículo.

Antes de la reforma citada, la jurisprudencia se dividía sobre esta materia, si bien el Tribunal Supremo en Sentencia núm. 13, de 20 de enero de 2009⁷¹¹, ha extendido la dispensa a las personas unidas al procesado por una relación de afectividad análoga a la del cónyuge. Precizando que la dispensa solo es aplicable si la relación existe en el momento de prestar la declaración, pues solo en esas condiciones se produce la colisión entre el deber de declarar y las

⁷¹⁰ STS núm. 1086/1993, de 14 mayo (BDA RJ 1993\3908).

⁷¹¹ BDA RJ 2009\1383.

consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo con el acusado⁷¹².

Quedando claro que la dispensa afecta al cónyuge y a persona unida al agresor por análoga relación de afectividad, se debe precisar si las mujeres que se hallen en esas condiciones, víctimas de violencia de género, tienen o no la posibilidad de acogerse a tal dispensa para declarar.

A este respecto, la Audiencia Provincial de Lleida, en Sentencia núm. 540, Sección 1ª, de 29 de noviembre de 2004⁷¹³, realiza una interpretación laxa del art. 416 en relación con el 261 LECrim, en el sentido de que si este último precepto habilita a no presentar denuncia en los mismos supuestos que en el 416 para la declaración en juicio oral, si la mujer víctima de lesiones no hizo en ese momento uso de su derecho de no denunciar a su cónyuge, ahora ya no puede ampararse en ese precepto para no testificar contra él.

MAGRO SERVET, en relación con la mencionada sentencia, entiende que “esta equiparación nos pone de manifiesto que no se va a obligar a nadie a denunciar a su agresor, pero una vez producida esta denuncia no puede ampararse nadie en el art. 416 LECrim, para negarse luego a declarar para mantener la

⁷¹² STS núm. 164/2008, de 8 de abril (BDA RJ 2008\1726).

⁷¹³ BDA JUR 2005\35453.

denuncia”⁷¹⁴. Por otro lado, MARTÍN RÍOS entiende que, si bien no siempre se procede a la interposición de una denuncia “formal”, en ocasiones se llevan a cabo actos de los que puede inferirse la realización de una “denuncia tácita”. Como no se prevé nada en particular para los supuestos de violencia de género, procedería, según la citada autora, a aplicarse en estos casos el criterio seguido por el Tribunal Supremo en lo que a la persecución de delitos semipúblicos se refiere, en cuya virtud se admite la denuncia formal tácita a fin de considerar satisfecho el requisito de procedibilidad para su persecución. De esta forma, si la mujer-víctima durante la instrucción procede a narrar los hechos ante el juez de instrucción o colabora activamente en su esclarecimiento, se entiende planteada una denuncia tácita y en consecuencia ya no podría acogerse ya a la dispensa del art. 416 LECrim⁷¹⁵.

En nuestra opinión, en consonancia con lo manifestado por nuestro Tribunal Supremo⁷¹⁶, no creemos que la solución sea

⁷¹⁴ MAGRO SERVET, V., “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores...”, cit., p. 1703.

⁷¹⁵ MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2012, p. 142.

⁷¹⁶ Cfr. entre otras STS de 14 de mayo de 2010, EDJ 2010/92260, en cuya virtud, se reconoce a la denunciante de malos tratos a prestar declaración en el acto del juicio oral haciendo uso de la dispensa legal del art. 416 LECrim, sin que se pueda acudir a lo declarado por ella en la fase de instrucción como sustento del pronunciamiento condenatorio.

realizar una interpretación del polémico art. 416 LECrim, para evitar una sentencia absolutoria del agresor.

El único remedio posible es su modificación, de forma que no sólo en relación con las mujeres agredidas por sus compañeros, piénsese en todos los delitos que se cometen en el ámbito doméstico, la víctima que al mismo tiempo es el único testigo de cargo, no le estuviera permitido acogerse a la dispensa de dicho precepto.

A la espera de que esta modificación se produzca, parece razonable acudir al uso de los medios tecnológicos que disponemos actualmente, precisamente para intentar conseguir esa declaración de la mujer víctima de violencia de género, erigiéndose la videoconferencia como uno de los mejores sistemas para lograr la declaración de la persona agredida. Y de hecho, como ya hemos comentado *ut supra*, de confirmarse la propuesta que figura en el actual art. 370 TACPP, vamos a seguir teniendo el mismo problema, por cuanto, en una gran mayoría de casos, no es la propia mujer quién presenta la denuncia, y, en consecuencia, podrá perfectamente acogerse a ese derecho de dispensa para no testificar en contra de su pareja.

b) Solución: deposición por videoconferencia

Ya hemos visto como precisamente en Italia se introduce la comunicación de la imagen y el sonido para conseguir la comparecencia de los testigos que iban a deponer contra delincuentes mafiosos, precisamente para que estos declararan sin intimidación alguna y con total tranquilidad, revelándose este sistema como un método eficaz para lograr esas testificaciones.

En el fondo, los supuestos de declaración de víctimas de violencia de género presentan grandes similitudes a las deposiciones contra mafiosos, pues las mujeres al igual que los testigos de la delincuencia organizada, temen represalias, y saben que éstas tienen visos de llevarse a término, por ello se retractan en sus declaraciones prestadas durante la fase de investigación o simplemente no comparecen en el acto de juicio oral.

Tal y como nos indica MAGRO SERVET, desde su experiencia personal como Presidente de la Audiencia Provincial de Alicante, la videoconferencia se instituye como el sistema más óptimo para lograr la declaración de la víctima de malos tratos pues como indica “este mecanismo (la videoconferencia) es el que nos está permitiendo en muchos casos que víctimas que tienen miedo a declarar frente a su agresor, o que tienen las lógicas reservas que su posición de víctimas lleva consigo, puedan declarar con mayor tranquilidad en el plenario al no tener que estar a escasos metros

del acusado”⁷¹⁷. En este sentido, «la experiencia práctica nos demuestra el lógico miedo de las víctimas a reproducir en el plenario y describir con detalle la situación vivida por la que fueron víctimas y este miedo tiene que vencerlo la Administración mediante la utilización de los mecanismos adecuados para evitar el contacto y proximidad física no sólo de la víctima en relación al acusado, sino también, muy posiblemente, con relación a familiares y amigos del acusado que en muchos casos comparten espacio físico con los testigos en la antesala del tribunal. Y ello, pese a que en el art. 704 LECrim se recoge la “vieja aspiración” de que los testigos estén situados en un local sin comunicación con los que ya hubiesen declarado o con otra persona. Sin embargo, todos sabemos que en la práctica judicial las cosas son bien distintas, ya que los testigos se entremezclan en el pasillo con otros testigos y con familiares y amigos de quien está sentado en el banquillo»⁷¹⁸.

Se puede defender en contra de esta postura que ya existen mecanismos para hacer frente a este miedo a deponer frente a su agresor, como la técnica del biombo, pero en cualquier caso, el problema continúa siendo el hecho de tener que comparecer en la propia Sala y saber que el agresor está sentado detrás de la víctima. Este hecho le repele, le anula su voluntad de declarar, y no acude al

⁷¹⁷ MAGRO SERVET, V., “La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores...”, cit., pp. 1699-1700.

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 1699-1700.

juzgado. Cuestión problemática, habida cuenta de que, aún teniendo un informe pericial forense en el que se detalle la existencia de lesiones físicas, sin la declaración de la mujer maltratada, que corrobore el informe médico, y de esta forma se establezca el nexo causal entre lesiones y violencia ejercitada sobre la mujer, no habrá sentencia condenatoria, al no poder verse acreditados los hechos denunciados.

De esta suerte, para vencer esta barrera, los medios audiovisuales en tiempo real, pueden ser eficientes, pues con su empleo, se puede vencer ese miedo escénico, al no tener que declarar la víctima en la Sala de Vistas. Incluso, adoptando las medidas adecuadas, con sujeción a la legalidad y con respecto hacia los derechos fundamentales, la víctima podría declarar perfectamente desde su propio domicilio, evitando el enfrentamiento a allegados del victimario que se encuentren en las inmediaciones del Juzgado y el “estrés del marco” que origina deponer en sede judicial. Es más, ello incluso podría contribuir a una mayor “frescura del interrogatorio”⁷¹⁹.

En conclusión, si se potenciara la posibilidad de que las mujeres maltratadas declararan a través del recurso electrónico que estamos analizando, evitaríamos que se acogieran a la posibilidad de no declarar contra su cónyuge o compañero sentimental –al menos mientras la dispensa para declarar contra éste continuara

⁷¹⁹ MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal: reparación...*, cit. pp. 134-135.

estando en vigor- y con ese testimonio, lograr una sentencia condenatoria. De hecho, estas han sido las recomendaciones de los medios y cuerpos de seguridad.

Por ejemplo, en el manual de buenas prácticas sobre la actuación de la Policía Local de Valencia en materia de violencia de género, se recoge como práctica 10 que deben potenciarse los sistemas de declaración de las víctimas en el proceso penal por el uso de medios tecnológicos, bien por videoconferencia en sede judicial distinta de aquella donde se sigue el juicio, o bien por el uso de la webcam mediante una previa identificación por el secretario judicial de la persona que va a declarar y por expresa petición de este medio de declaración, facilitando en el órgano judicial donde se va a seguir el juicio los datos para la comunicación por webcam y con la exigencia de que esté en el lugar de su ubicación para estar pendiente de la llamada de conexión del órgano judicial. Realizando una recomendación de futuro, que a día de hoy aún no se ha llevado a término: “Que la normativa específica en violencia de género recoja esta vía de forma clara y contundente⁷²⁰”.

En la normativa específica sobre violencia de género no se ha llegado a incluir esta especificación, pero en el Protocolo de

720

Disponible en:
<http://www.heraproject.eu/adaptingsystem/intercambio/descargas/es/descargables/%20MANUAL%20BUENAS%20PRACTICAS%2006-12.pdf> (fecha de consulta: 10 de noviembre de 2011).

coordinación entre los órdenes jurisdiccional civil y penal de 1 de enero de 2.005 y en la Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género de 16 de octubre de 2.008 sí se recoge expresamente la necesidad de que la víctima de violencia de género comparezca ante los tribunales a través de videoconferencia con la finalidad de traer al procedimiento a la víctima y así obtener una declaración condenatoria⁷²¹.

Situación sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse nuestro Alto Tribunal, indicando que el hecho de que la víctima de violencia de género preste declaración por videoconferencia no priva a este medio de prueba del pleno respeto de los principios de inmediación y de contradicción (STS núm. 640/2005, de 18 mayo)⁷²².

En definitiva, lo que se pretende con la comparecencia de la víctima en el proceso, aunque sea través de videoconferencia, es lograr la máxima del derecho penal liberal, obtener un castigo, cuya finalidad sea asegurarse de que el culpable no reincida en el delito y conseguir que los demás se abstengan de cometerlo⁷²³.

⁷²¹ El Protocolo y la Guía citados son susceptibles de consultarse en: <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta: 12 de marzo de 2.009).

⁷²² BDA RJ 2005\9759.

⁷²³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. Alianza, Salamanca, 2006, p. 51

D) Prueba preconstituida y prueba anticipada

Hemos apuntado que la utilización de la videoconferencia en el caso de menores puede evitar la llamada victimización secundaria así como una mejor declaración de los mismos en la fase de plenario al evitar nerviosismos por confrontarse visualmente con su agresor, y en el supuesto de mujeres maltratadas como mecanismo para conseguir que comparezcan en el acto de juicio oral para deponer.

En ambos supuestos existe otra alternativa, y es la de anticipar la prueba en la fase sumarial y preconstituirla, utilizando siempre en sus declaraciones la videoconferencia, para sortear esa confrontación visual con el presunto autor del delito, grabándolas y proyectando la mencionada declaración en la Sala de Vistas, evitando posibles suspensiones de juicios⁷²⁴.

En el caso de los menores de edad, preconstituir la testifical garantizando la contradicción (el acusado se hallaría ante el juez instructor, y el menor en una sala aneja declarando a través de videoconferencia), convenientemente registrada en soporte que permita la reproducción de la imagen y el sonido, e introducirla en

⁷²⁴ En relación con la distinción entre prueba anticipada y prueba preconstituida vid. GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 270-283.

el plenario tal y como exige el art. 730 LECrim⁷²⁵, es la más beneficiosa para el niño, pues quedaría reducido al mínimo el efecto victimizador producido por la reiteración de las exploraciones y preservaría la pureza de la primera declaración prestada por éste, pero debemos indicar también que presenta problemas de encaje legal⁷²⁶.

El art. 730 LECrim exige que existan causas independientes a la voluntad de las personas a las que se las ha tomado declaración en la fase sumarial para no comparecer en la fase de plenario. En este aspecto, existe una gran división jurisprudencial en torno a qué se entiende por imposibilidad de no acudir al acto de juicio oral. Una primera postura se declina por identificar imposibilidad de comparecer en juicio a imposibilidad material de acudir al acto de juicio oral, estos serían los supuestos en los que se prevea que en la fase de plenario los testigos podrían haber fallecido, estar ilocalizables o residir en el extranjero⁷²⁷. Pero, por otro lado, encontramos otra corriente jurisprudencial que equipara

⁷²⁵ En el TACPP la prueba anticipada se regula en idéntico sentido a la actual LECrim en sus arts. 432 y ss.

⁷²⁶ VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La víctima en el sistema de justicia penal II”, en *Manual de Victimología* (coords. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLOA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M.)..., cit., p. 396.

⁷²⁷ Cfr., entre otras, SSTC núm. 209/2001, de 22 de octubre (BDA RTC 2001\209), núm. 94/2002, de 22 de abril (BDA RTC 2002\94), SSTS núm. 409/2000, de 13 de marzo (BDA RJ 2000\1712), núm. 56/2003, de 27 de enero, (BDA RJ 2003\2355), núm. 1049/2003, de 31 de diciembre (BDA RJ 2003\8797).

imposibilidad de comparecer en la fase probatoria a imposibilidad legal, en estos casos amparándose en la normativa tanto nacional como internacional de protección al menor que ya hemos apuntado *supra*, que vela por el interés superior del mismo, en aquellos supuestos en los que de los informes periciales se desprenda que su comparecencia en el acto del juicio pueda producir un trastorno psicológico en el niño, se podrá preconstituir la declaración prestada en fase sumarial y corroborada en la de plenario por testigos de referencia⁷²⁸.

Este extremo en el TACPP se está tratando de solventar definiendo cuándo existe imposibilidad de práctica de prueba en juicio oral, así en su art. 433 se establece: “sólo cuando exista el temor fundado de imposibilidad o grave dificultad de la práctica de la prueba en el acto de juicio oral por causa de las personas o del estado de las cosas, o cuando la reiteración de la comparecencia para declarar sobre los hechos resulte peligrosa para el desarrollo de los menores o para la salud de personas vulnerables, se practicará prueba anticipada ante el Tribunal de Garantías o de Juicio que resulte competente para el conocimiento de la causa, a instancia de parte y con salvaguarda del derecho de defensa y del principio de contradicción”.

⁷²⁸ Vid. SSTS núm. 429/2002, de 8 de marzo (BDA RJ 2002\3972) y núm. 1229/2002, de 1 de julio (BDA RJ 2003\70).

Es decir, se introduce la posibilidad de práctica de prueba anticipada para evitar la victimación de testigos especialmente vulnerables. Con ello, se trata de poner fin, no sólo a la victimación secundaria sino también a uno de los puntos más complejos de tratar, a saber, la problemática jurídica que plantean las pruebas testificales de cargo de los llamados testigos indirectos o de referencia.

Este tipo de testimonio está expresamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, cuando el art. 710 LECrim exhorta a que si los testigos “fueren de referencia precisarán el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuese conocida a la persona que se la hubiese comunicado”. El Tribunal Constitucional no es precisamente muy partidario del empleo de esta forma de testimonio indirecto; de hecho, en alguna ocasión lo ha tildado de “poco recomendable”⁷²⁹. Este tipo de declaraciones pueden vulnerar el derecho a la presunción de

⁷²⁹ Vid. SSTC núm. 79/1994, de 14 de marzo, (BDA RTC 1994\79), F.J. 4, núm. 261/1994, de 3 de octubre (BDA RTC 1994\261), F. 3, núm. 35/1995, de 6 de febrero (BDA RTC 1995\35) F. 3, núm. 131/1997, de 15 de julio (BDA RTC 1997\131), F. 2, núm. 7/1999, de 8 de febrero (BDA RTC 1999\7), F. 2 B), núm. 97/1999, de 31 de mayo (BDA RTC 1999\97), F. 6 y núm. 209/2001, de 22 de octubre (BDA RTC 2001\209), F.J. 4. Y en concreto en la STC núm. 209/2001, de 22 de octubre, se realiza en su F.J. 4 una síntesis de la doctrina del TC y del TEDH en lo que al testigo de referencia se trata: “En efecto, de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de intermediación de la prueba al impedir que el Juez que ha dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad”.

inocencia y al derecho a un proceso con todas las garantías, pudiéndose solventar este inconveniente eludiendo los mencionados testimonios grabando esa declaración sumarial y reproduciéndose en el acto de juicio oral, cumpliendo los requisitos del art. 730 en relación con el 797 LECrim, sin la necesidad de utilizar los llamados testigos indirectos.

Existe esta gran división dentro del ámbito judicial, porque las normas que se podrían aplicar a este supuesto no son actualmente del todo claras. Los preceptos que norman en la LECrim la prueba anticipada no están pensados precisamente para evitar la llamada victimación secundaria, sino más bien para aquellos testigos que residan en el extranjero, así se desprende de la dicción de los arts. 777.2 y 799.2 LECrim.

Ambos preceptos aluden a la posibilidad de anticipar la prueba cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima fuere de temer razonablemente que no podrá practicarse en el juicio oral, si bien se menciona también “otro motivo”, en cuya virtud puede tener cabida esta imposibilidad calificada como legal por el TS, teniendo cobertura legal la anticipación y preconstitución de la declaración testifical del menor víctima en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos, hasta que una regulación más completa en relación tanto a los supuestos en los que se puede practicar prueba anticipada como a sus requisitos, amplíe su utilización al resto de procedimientos penales. Por ello, es de

deseable y necesario que se mantenga el contenido del citado art. 432 TACPP en el futuro Código de Proceso Penal.

En los delitos de violencia de género la prueba es muy complicada, y la mayoría de la que se aporte en el juicio oral se habrá practicado anticipadamente en la instrucción⁷³⁰. Como hemos indicado *ut supra*, la mayor causa de suspensión de los procesos por violencia de género es precisamente la de la incomparecencia en el juicio oral del testigo-víctima, pero también debemos tener en cuenta que en la mayoría de casos de mujeres muertas a manos de sus parejas o ex parejas, no se tenía constancia en los órganos judiciales de la situación de malos tratos en que vivía la víctima durante años, porque o bien no existían denuncia previas, o bien las mismas eran retiradas con anterioridad al inicio del juicio oral⁷³¹.

En los últimos datos facilitados por el Observatorio de la Violencia Doméstica y de Género sobre denuncias y procedimientos penales y civiles registrados y órdenes de protección solicitadas en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

⁷³⁰ NIEVA FENOLL, J., "La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por la violencia de género", en *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1-2, 2006, p. 134.

⁷³¹ BOLEA BARDÓN, C., "En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, 2007, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2007).

que son los correspondientes al año 2012⁷³², apreciamos como de un total de 128.543 denuncias, sólo el 8,16% fueron presentadas por la propia víctima.

Estos porcentajes nos indican ese temor que tiene la víctima a denunciar, y es por ello por lo que se ha de dar una auténtica protección integral de la víctima, valiéndonos de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, para que no se dé una sentencia absolutoria que cuestionara ante todo la eficacia de la actual LOVG, mostrándose la videoconferencia un mecanismo útil para ello, pues por este medio la víctima puede prestar declaración sin tener que verse intimidada por el rostro de su agresor, pudiendo deponer con absoluta tranquilidad.

Una solución puede consistir en grabar la declaración de la víctima, deponiendo a través de videoconferencia en el procedimiento preliminar –evitando de esta forma la victimación secundaria⁷³³–, en virtud de los arts. 325, 731 bis LECrim y 229.3 LOPJ⁷³⁴. Dicha declaración servirá para adoptar o no la orden de

⁷³² Disponible en <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

⁷³³ GARCÍA MARTÍNEZ, E., “Protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004”, en *La nueva Ley contra la violencia de género*, (coords. BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E.), ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 361-362.

⁷³⁴ En aras a evitar una sentencia absolutoria, existe jurisprudencia que valida la declaración de la víctima de violencia de género en la fase de instrucción como prueba de cargo, y ello aún a pesar de haber hecho uso de su derecho regulado en el art. 416 LECrim de no testificar contra su cónyuge. En este punto resultan interesantes las SSAP de Madrid núm. 9/2007, Sección 27ª, de 30 de marzo

protección y también se pretende evitar la retractación o ausencia posterior en el acto de la vista, constituyéndose prueba anticipada, y con esta finalidad se llevará a cabo observándose los requisitos del art. 797.2 LECrim, debiéndose matizar que en el caso de que la grabación se realice ante las dependencias policiales no estaremos ante un supuesto de prueba anticipada, esta grabación tendrá sólo el valor de mera denuncia⁷³⁵.

Entendemos que es más aconsejable documentarse la declaración en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido, reproduciéndose en la fase de plenario la grabación, en lugar de utilizar el método clásico del levantamiento de acta, que sería después leída en la fase de juicio oral, por los siguientes motivos que arguye GUZMÁN FLUJA: “la reproducción de la grabación en el juicio oral mediante su visualización o exhibición en él, es mucho mejor forma de documentación que la escrita, pues quedan reflejados de una manera mejor y más perceptible los elementos propios de la declaración, así como las dudas, nervios, silencios, etc., que haya tenido el declarante...permiten también un conocimiento más directo (inmediación) que la lectura” y en lo referente a la contradicción, puede ejercerse en el juicio oral de una manera más

(BDA JUR 2007\271960) y núm. 568/2007, Sección 27ª, de 29 de junio (BDA JUR 2007\319425).

⁷³⁵ GARCÍA MARTÍNEZ, E., “Protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004”..., cit., pp. 361-362.

completa que con la simple lectura, añadiendo además, que si hubo contradicción en la declaración grabada podrá apreciarse con más exactitud cómo se llevó a cabo y en qué consistió⁷³⁶.

Con todo nuestro Tribunal Supremo avala la posibilidad de practicar prueba anticipada a través de videoconferencia, puesto que no implica vulneración alguna del derecho de la defensa, ya que ésta “vio, oyó y pudo contrainterrogar”, y por tanto, se apreciaron los principios fundamentales del derecho de defensa en el proceso penal: inmediación, oralidad y contradicción. El único principio que no se observa en esta prueba anticipada es el de la publicidad, pero no se trata de una ilegalidad, puesto que la publicidad es propia del plenario y estamos ante un supuesto de prueba anticipada, además de que nada justifica ni argumenta de porqué la falta de publicidad *ad extra*, es decir, para el público en general, puede causar indefensión al acusado (STS núm. 957/2006, de 5 octubre)⁷³⁷.

En definitiva, es preferible la declaración a través de videoconferencia, aún cuando se deba preconstituir la prueba, que la solución adoptada por el TACPP de colocar a la víctima “en un lugar adecuado” para evitar la confrontación visual con su agresor (arts. 62 y 442 TACPP).

⁷³⁶ GUZMÁN FLUJA, V. C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal...*, cit., p. 250.

⁷³⁷ BDA RJ 2006/7103.

E) Miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado

Los agentes de la policía judicial podrán intervenir en un procedimiento penal en calidad de testigos, pues recordemos que el valor probatorio de los atestados policiales por sí mismos, sólo tienen el carácter de mera denuncia⁷³⁸. Sólo puede concederse al atestado valor de auténtico elemento probatorio si es reiterado y ratificado en el juicio oral, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes de policía firmantes del mismo⁷³⁹. De esta suerte, cabe pensar en la posibilidad de que dichos agentes puedan prestar sus declaraciones en el juicio oral por medio del sistema de videoconferencia, optimizando así los recursos del Estado, de forma que se reducirían los gastos que se derivan por el desplazamiento de los agentes policiales a las sedes judiciales, logrando así un mayor rendimiento, pues de este modo, podrían dedicar más tiempo a otras actividades.

Los avances tecnológicos deben ser puestos al servicio de la Administración de Justicia, no sólo con la finalidad de lograr una Justicia mejor, sino también más eficiente. En una era en la que estamos padeciendo una fuerte crisis económica, cuya política

⁷³⁸ Tesis mantenida en el art. 86 TACPP.

⁷³⁹ Cfr. entre otras muchas SSTC núm. 222/2001 de 5 noviembre (RTC 2001\222), núm. 256/2007 de 17 diciembre (RTC 2007\256), SSTS núm. 1608/2002 de 25 septiembre (RJ 2002\9010) o núm. 75/2005 de 25 enero (RJ 2005\2184).

común europea se centra en la austeridad y en “los recortes”, lo cierto es, que las nuevas tecnologías pueden servir para lograr una mayor eficacia de los medios puestos al servicio de los ciudadanos y a su vez disminuir en gasto público.

Si con las comparecencias de los agentes que han intervenido en la investigación policial ante los Juzgados y Tribunales para ratificar el contenido del atestado elaborado al respecto, se ahorra dinero y los agentes policiales pueden destinar más horas a sus tareas encomendadas en los respectivos Cuerpos de Seguridad (Policía nacional, Guardia Civil, Policía Autónoma o Guardia Civil), es evidente, que no será necesario reducir el número de agentes para disminuir el déficit público del Estado, sino que bastará con llevar a cabo una mejor optimización de su funcionamiento, para seguir manteniendo el mismo nivel de prestaciones a la ciudadanía.

MAGRO SERVET es partidario de realizar una reforma en este sentido, de forma que la declaración de los agentes policiales sea preceptiva a través del sistema de videoconferencia o de otro mecanismo similar, como pudiera ser una *web cam*, acompañando esta reforma legislativa con una Instrucción o Protocolo entre el Ministerio del Interior y el Consejo General del Poder Judicial, en orden a articular una serie de instrucciones o recomendaciones en relación con la práctica de la prueba en juicio oral de los agentes policiales que han llevado a cabo una concreta investigación

policial, y a quienes tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular pueden proponer como prueba testifical para el plenario⁷⁴⁰.

Piénsese en aquellos agentes que intervinieron en un primer momento en la investigación y que fueron destinados posteriormente a otro territorio, pero que, por haber actuado en la investigación inicial deben declarar en el acto del juicio, por lo que, perfectamente pueden dejar de desempeñar su actividad laboral durante dos días (desplazamiento, alojamiento y regreso al lugar de trabajo). En cualquier caso, los propios agentes que residen en la misma provincia en la que se halla el Juzgado ante el que tienen que comparecer han de solicitar a sus superiores el permiso correspondiente para poder asistir al juicio, por lo que, en definitiva, difícilmente van a desempeñar su actividad habitual durante el día en el que han de acudir a la sede judicial a declarar.

A todo ello, se debe añadir la posibilidad de que el juicio se suspenda por cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 746 LECrim (art. 472 TACPP), por lo que deberán comparecer de nuevo otro día para llevar a término su declaración testifical.

Si efectuáramos un cálculo estimativo del número de agentes policiales que diariamente tienen que acudir físicamente a las

⁷⁴⁰ MAGRO SERVET, V., "Hacia la preceptividad de la declaración de los agentes policiales que deben declarar en un juicio oral por videoconferencia", en *Diario La Ley*, núm. 7187, 2009, consultado en: <http://diariolaley.laley.es> (fecha de consulta: 22 de junio de 2010).

dependencias judiciales de Juzgados de lo Penal o Secciones penales de Audiencias Provinciales se podría apreciar el ingente volumen de agentes que acuden al Juzgado, y lógicamente, mientras están en el Juzgado, no están desempeñando su actividad laboral diaria⁷⁴¹.

Con todo, ¿se hace necesario que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado depongan obligatoriamente a través de videoconferencia?

Si atendemos a razones puramente económicas y de efectividad, la respuesta es afirmativa. Pero no olvidemos que estamos ante una declaración testifical, y si bien, como hemos apuntado, entendemos que la videoconferencia no vulnera el principio de inmediación, no es menos cierto, que entre la inmediación física y la inmediación virtual, siempre será preferible la primera.

También hay que situar la declaración de estos agentes en su justo contexto, puesto que vendrán a ratificar en el acto del Juicio el atestado que ellos mismos suscribieron. Por tanto, el elemento sobre el que va a girar su deposición ya obra en autos, por lo que, su declaración, que más bien es de ratificación de lo expresado en ese informe, quedará en un plano secundario, limitado a aclarar a las partes el contenido del atestado.

Por tanto, en este concreto caso, entendemos, tal y como

⁷⁴¹ *Ibidem.*

establecido la STS núm. 552/2009 de 29 abril⁷⁴², que no existe obstáculo alguno para llevar a cabo las declaraciones de los agentes de la policía judicial por medio de videoconferencia o de un sistema análogo, en la medida que no vulnera derecho fundamental alguno, y en cambio, sí optimiza el funcionamiento de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en beneficio de la sociedad.

Por ello, compartiendo la tesis de MAGRO SERVET, la vía adecuada para lograr este fin giraría en torno a los dos aspectos ya comentados. En primer lugar, una reforma de la LECrim, que permitiera introducir esta forma puntual de declaración. En segundo lugar, la elaboración del Protocolo de coordinación entre Poder Judicial y el Ministerio del Interior en desarrollo de la reforma que se propone⁷⁴³.

- a) Modificación legal para introducir las declaraciones de los agentes policiales a través de videoconferencia

Actualmente las declaraciones de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado por medio de videoconferencia tienen la cobertura legal genérica del art. 731-bis LECrim. Sin embargo, sería interesante añadir un nuevo apartado bien a este

⁷⁴² BDA RJ 2009\4848.

⁷⁴³ MAGRO SERVET, V., "Hacia la preceptividad de la declaración de los agentes policiales...", cit..

precepto o bien al futuro art. 121 TACPP en cuya virtud:

“En el caso de que se proponga como prueba la declaración en el juicio oral de un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la misma podrá llevarse siempre a cabo por el sistema previsto en el párrafo anterior con el cumplimiento de los presupuestos previstos en el art. 229.3 LOPJ”.

MAGRO SERVET va más allá, sugiriendo una redacción en cuya virtud la comparecencia virtual de los agentes no sea potestativa, sino preceptiva, para garantizar así que efectivamente se lleva a cabo la optimización de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁷⁴⁴.

Lo cierto es que en muchas ocasiones, para que una medida sea efectiva, se ha de imponer obligatoriamente su aplicación. Sin embargo, pretender que sea preceptiva la comparecencia de esos agentes a través de videoconferencia, implicaría dotar a todos los órganos jurisdiccionales de sistemas de comunicación bidireccionales, extremo que sería hartamente imposible de cumplir. Es lamentable tener que afirmar este hecho, pero esta es la cruda realidad. Nuestro Estado no invierte en Administración de Justicia, y en la actualidad con la política económica de austeridad que estamos padeciendo, si antes ya era una utopía pensar que todos los Juzgados podían disponer de sistemas tecnológicos mínimamente avanzados, ahora mismo ya no es que estamos ante una utopía, sino

⁷⁴⁴ *Ibidem.*

que estamos ante un retroceso a la era de las cavernas, por cuanto además de no invertir en los Juzgados existentes, se han paralizado la creación de nuevos órganos jurisdiccionales, llegándose incluso a prescindir de los servicios de los jueces recién salidos de la Escuela Judicial, ya que el Juzgado al que habían sido destinados, no ha sido creado.

Por tanto, sería recomendable que hubiera una modificación de la LECrim del tenor que hemos sugerido, para que no hubiera ningún género de dudas en cuanto a la posibilidad de intervenir los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a través de videoconferencia en sus comparecencias en los juicios penales a los que son citados, pero no estamos en un contexto en el que se pueda imponer la obligatoriedad de la comparecencia virtual, por cuanto se trataría de una disposición normativa incumplida sistemáticamente al carecer los Juzgados de los medios necesarios para cumplir con su mandato.

b) Articulación de un Protocolo de actuación

Una vez realizada la reforma, sería interesante la formalización de un Protocolo de actuación elaborado por el Ministerio del Interior para facilitar la declaración por videoconferencia. Protocolo, que, como apunta MAGRO SERVET, debería seguir unas directrices centradas en los siguientes aspectos:

“1. El uso de este sistema puede ponerse en práctica de forma generalizada tanto en el caso de agentes policiales que residan en otro lugar de aquel donde se sigue el juicio, como si residieran en el mismo por las razones antes apuntadas de que en ambos casos el trastorno que produce la permanente disponibilidad de agentes en los órganos judiciales causa en las dependencias policiales que son afectadas por estas necesidades obvias del juicio oral, ya que se trata en la mayoría de los casos de testigos de cargo que deben comparecer en sala, y cuya inasistencia será motivo casi seguro de suspensión, precisamente por esta consideración e importancia que tienen los agentes policiales.

2. En la Instrucción se pueden fijar unas directrices a seguir, a fin de ofrecer a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado de forma generalizada el uso de la videoconferencia en las declaraciones policiales en los dos casos antes indicados.

3. Una vez se comunique por los superiores que se llevará a cabo la declaración de los agentes citados por videoconferencia, la misma se verificará desde el propio centro de trabajo, una vez cuenten con los sistemas de videoconferencia compatibles con los de los órganos judiciales. En este sentido, no sería preciso que los agentes policiales se acercaran a otro órgano judicial del lugar en el que se encuentran para que sea legal la declaración por videoconferencia, ya que es sabido que tras la reforma de la

LECrim. y la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley núm. 13/2003, de 24 de octubre, es posible que se lleve a la práctica una declaración por videoconferencia, pero sin que sea preciso que el testigo o perito tenga que estar en otra sede judicial con un Secretario Judicial que dé fe de su identidad, sino que la sistemática sería que cuando se le cite para comparecer en el juicio comunicará al órgano judicial su aceptación a llevar a efecto su intervención por videoconferencia y la ubicación y datos numéricos del punto en el que va a estar el día del juicio para que puedan conectar con él a la hora señalada por videoconferencia.

4. De todos modos, como en días previos, coincidiendo con la aceptación de llevar a cabo la declaración judicial por videoconferencia —y al aceptar el ofrecimiento realizado por el órgano judicial en ejecución de la Instrucción aquí propuesta— se habrá identificado el agente policial, el mismo día del juicio tan solo deberá procederse a comprobar la Sala la identidad del agente que se corresponda con la que consta en los autos, lo que se llevará a cabo al haber interesado el órgano judicial —y así deberá constar en la debida instrucción— que la aceptación de llevar a cabo esta práctica de prueba por videoconferencia exigirá que se remita copia del DNI al órgano judicial para proceder a la identificación del agente policial el día del juicio”.

En definitiva, los agentes dedicarían más tiempo a su actividad diaria además de llevarse a término un importante ahorro en los

costes por desplazamiento y por dietas que debe costear el Estado, ahorro de costes que se han de tener en cuenta en los tiempos que estamos viviendo, logrando así una combinación de austeridad con eficiencia y calidad de prestación de servicios al ciudadano.

3. PRUEBA PERICIAL

La prueba pericial, como todos sabemos, se compone de dos fases: la emisión de un informe/dictamen pericial y la comparecencia del perito en el acto del juicio para ratificar su informe y someterlo a la contradicción de las partes. Existen dos clases de prueba pericial: la de parte y la judicial. En el caso de la prueba pericial de parte, ésta siempre deberá ser sometida al debate contradictorio de las partes, por lo que, deberá necesariamente comparecer en juicio el facultativo responsable del dictamen.

A) *Comparecencia virtual de los peritos en el plenario*

En el supuesto de la pericial judicial, la doctrina de la Sala Segunda del TS viene reiterando que en atención a las garantías técnicas y de imparcialidad que ofrecen los Gabinetes y Laboratorios Oficiales se propicia la validez *prima facie* de sus dictámenes e informes sin necesidad de su ratificación en la fase de plenario, constituyendo así prueba suficiente para desvirtuar la

presunción de inocencia, siempre que no hayan sido objeto de impugnación expresa en los escritos de conclusiones en cuyo caso han de ser sometidos a contradicción en el acto de juicio oral como requisito de eficacia probatoria⁷⁴⁵. En caso de impugnación, esta “no necesita motivarse explicitando las razones de la discrepancia o de la impugnación”, pues ella misma desmiente la aceptación tácita del dictamen sumarial, cualquiera que sea la causa en que se apoye y en consecuencia siempre que exista impugnación se practicará el dictamen en el juicio oral⁷⁴⁶.

Por tanto, nos encontramos ante dos posibles comparencias periciales en un proceso penal, a saber, ante una pericia oficial y ante una pericia particular. Facultativos que deberán declarar en el acto del juicio oral, en el caso de que sus dictámenes sean impugnados. En el primer caso, no siempre serán objeto de impugnación, a diferencia del segundo supuesto, puesto que una pericial de parte se presenta precisamente porque favorece los intereses de esa parte procesal en detrimento de la contraria, motivo por el que siempre se impugnará de contrario.

De este modo, en el supuesto de que deban acudir al acto del

⁷⁴⁵ Vid. entre otras SSTS núm. 442/1993, de 26 de febrero (BDA RJ 1993\1510), núm. 1404/1994, 9 de julio (BDA RJ 1994\5702), núm. 908/1995, de 18 de septiembre (BDA RJ 1995\6379), núm. 949/1998, de 18 de julio (BDA RJ 1998\7005).

⁷⁴⁶ STS núm. 806/1999, de 10 junio (BDA RJ 1999\5430) y Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1999 (BDA JUR 2002\77547).

juicio, la LECrim permite su intervención a través de videoconferencia, si bien, algún autor ha entendido que en el caso de los peritos particulares su comparecencia virtual debería ser más restrictiva que en relación con los peritos oficiales⁷⁴⁷.

La intervención de los peritos judiciales en las actuaciones judiciales por videoconferencia, les permite a estos expertos de Laboratorios oficiales (médicos forenses, policía científica, Instituto Nacional de Toxicología, entre otros) desarrollar un mejor rendimiento productivo, al verse reducidos los tiempos de viaje y espera. Es por este deseo de incremento de productividad por el que se ha instalado en el Instituto Nacional de Toxicología un sistema de videoconferencia por el que se puede conectar su personal especializado con los órganos jurisdiccionales para practicar prueba pericial, ahorrándose largos desplazamientos, y contratiempos como la suspensión de un juicio, teniendo que regresar sin haber declarado y retornar de nuevo para ratificar su informe pericial⁷⁴⁸. Además como indica DE LA MATA AMAYA, desde otra

⁷⁴⁷ DE URBANO CASTRILLO, E., “La prueba pericial videográfica”, en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 4, 2004, p. 12.

⁷⁴⁸ Precisamente el art. 588 LECrim prevé la posibilidad de comparecencia por medio de videoconferencia en el acto del juicio de los facultativos pertenecientes a Laboratorios Oficiales en el supuesto de que sus dictámenes hayan sido impugnados.

perspectiva, hace mucho más asequible y viable la utilización de expertos de otros países⁷⁴⁹.

Tal y como dice MAGRO SERVET, no se debe utilizar ese medio técnico de la imagen y el sonido de forma indiscriminada, huyendo de la presencia física de las partes en el proceso, sino sólo cuando razones objetivas así lo justifiquen, razones que podrían consistir en: utilidad, seguridad, orden público o cuando la comparecencia del perito fuera particularmente gravosa o perjudicial⁷⁵⁰.

En este mismo sentido MORENO CATENA advierte uno de los problemas que puede plantear la videoconferencia es la posible desnaturalización del juicio oral, pues si se elige la práctica a distancia de un medio de prueba que requiere la presencia física inmediata de la fuente probatoria, o la propia vista como permite el art. 229.3 LOPJ, se estaría dando un paso crucial para plantear la celebración de juicios sin la concurrencia de sus protagonistas, encontrándose el juez, el fiscal, los acusados, los testigos y los peritos, en diferentes lugares, practicándose el juicio y emitiéndose sentencia. El mencionado autor entiende que este no es el sentido que quiere dar la LECrim al empleo de este medio técnico audiovisual, sino que se trata de un método excepcional sólo

⁷⁴⁹ DE LA MATA AMAYA, J., "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales"..., cit., p. 1281.

⁷⁵⁰ MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de problemas y soluciones planteados ante el Tribunal del Jurado*..., cit., p. 259.

utilizable por las razones que antes hemos apuntado: utilidad, seguridad, orden público o comparecencia gravosa o perjudicial para el perito, testigo o acusado, tal y como se desprende de los arts. 325 y 731.bis⁷⁵¹.

La pericial videográfica⁷⁵² podrá practicarse tanto en fase de instrucción como de juicio oral, pues toda pericia se compone de la elaboración en la fase de instrucción de un dictamen pericial solicitado por el juez instructor como un medio de investigación, siendo posteriormente ratificado el mencionado informe en la segunda fase del proceso penal, constituyendo esta ratificación y las preguntas, observaciones y cuestiones planteadas contradictoriamente por las partes la llamada prueba pericial. De esta forma, lo más natural será que la pericial por videoconferencia se reserve al acto de juicio oral.

Tanto la prueba testifical como la pericial, tienen una naturaleza personal, pero cuando hablamos de utilizar esos medios de prueba practicados a través de la videoconferencia poseen una naturaleza diferente⁷⁵³, pues ambas pruebas además de ostentar una

⁷⁵¹ MORENO CATENA, V. (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), *Derecho Procesal penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 405.

⁷⁵² La aplicación de la videoconferencia al mundo de la práctica de prueba, y particularmente a la prueba pericial, origina la llamada prueba pericial videográfica. DE URBANO CASTRILLO, E., "La prueba pericial videográfica"... cit., p. 7.

⁷⁵³ "Las declaraciones de los testigos y en principio los informes periciales, se trata en ambos casos de pruebas de naturaleza personal", STS núm. 1061/2004, de 28 de septiembre (BDA RJ 2004\5784).

naturaleza personal, se puede afirmar que tienen también naturaleza de reconocimiento judicial, pues para su visualización se empleará una técnica audiovisual, implicando el examen directo por el Juez o Tribunal realizado desde un lugar distinto a la sede judicial⁷⁵⁴.

Por tratarse de pruebas personales, tecnológicas y de reconocimiento judicial, estamos realmente ante nuevas clases de medios probatorios, a las cuales habrá de aplicárseles la normativa y jurisprudencia existentes sobre dichas modalidades de prueba, en tanto no se vaya conformando un cuerpo de doctrina propio –legal, doctrinal y jurisprudencial– que las individualice⁷⁵⁵.

Un aspecto importante que es merecedor de comentarse es el hecho de que la prueba pericial practicada por comunicación audiovisual bidireccional, contribuye a evitar las suspensiones que en la práctica se dan por incomparecencia del perito a la Sala de Vistas, cumpliendo con la exigencia del TS de efectuarse la prueba pericial en la fase de plenario: “la prueba pericial en principio, como es norma general en toda clase de pruebas, ha de practicarse en el acto del juicio oral quedando así sometida a las garantías

⁷⁵⁴ DE URBANO CASTRILLO, atribuye naturaleza de reconocimiento judicial a la prueba pericial videográfica, pero nosotros creemos también que se puede extender tal naturaleza a la prueba testifical por videoconferencia. Vid. DE URBANO CASTRILLO, E., "La prueba pericial videográfica"..., cit., p. 8.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 8.

propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación”⁷⁵⁶.

Por ello, en contra de lo que sostiene algún autor, entendemos que la comparecencia virtual del perito de parte no debe restringirse por el mero hecho de no tratarse de un perito oficial, pues existen múltiples razones que recomienden que realicen su declaración por medio de videoconferencia, como por ejemplo el supuesto descrito en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 17/2003, de 6 de febrero⁷⁵⁷.

Los peritos del Instituto de Toxicología que elaboraron el informe se encontraban en Barcelona, quienes depusieron desde la Audiencia Provincial de la Ciudad Condal a través de videoconferencia, apreciándose su declaración por el Tribunal, las partes y el público en general en la Sala en la que se estaba celebrando el juicio en Navarra, sin que, como indica la resolución acabada de citar, hubiera merma alguna de los principios de inmediación, concentración, contradicción y publicidad consagrados en nuestra Constitución. En este caso, se trataba de peritos oficiales, pero imaginemos el supuesto de que una parte desee contratar los servicios de un ilustre experto en la materia que se halle en una región alejada de la sede judicial en la que se va a desarrollar el plenario. ¿Por qué no puede comparecer igualmente a

⁷⁵⁶ STS núm. 1163/1994, de 6 junio (BDA RJ 1994\4532).

⁷⁵⁷ BDA ARP 2003\627.

través de videoconferencia? Sostener lo contrario, en nuestra opinión, sostener un sistema discriminatorio entre peritos de parte y peritos oficiales. La Ley es igual para todos, por lo que, la interpretación que se realice de las normas, del mismo modo debe afectar a todos los ciudadanos por igual. Por tanto, si doctrinalmente se ha reconocido la posibilidad de comparecer los peritos oficiales a través de videoconferencia por hallarse alejados del lugar en el que se está desarrollando el acto del juicio, del mismo modo, los peritos de parte que se encuentren alejados de la sede judicial, podrán comparecer a través de videoconferencia para evitar desplazamientos innecesarios y eludir así posibles suspensiones de las Vistas por una eventual incomparecencia ante los problemas derivados que puedan devenir por su desplazamiento hasta al órgano jurisdiccional.

B) Prueba pericial ante el tribunal del jurado

Una cuestión a tener muy cuenta en la prueba pericial sería si puede el perito declarar por videoconferencia ante el Tribunal del Jurado. Ya hemos visto *ut supra* que la comparecencia a distancia del acusado en un procedimiento del Tribunal del Jurado no es posible por aplicación del art. 42.2 LOTJ.

En relación a la prueba pericial videográfica esta sí va a poder practicarse ante el Jurado, pues el art. 46 LOTJ, al referirse a las especialidades probatorias, nada obsta a que la comparecencia de los peritos pueda desarrollarse de forma virtual, y en ese mismo sentido puede deducirse de las declaraciones testificales.

Al igual que en cualquier otro procedimiento, los peritos podrán declarar también por videoconferencia en la fase sumarial (art. 46.5 LOTJ), advirtiendo que será aplicable en este aspecto, como indica el TS en Sentencia núm. 1240/2000, de 11 de septiembre⁷⁵⁸, la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia y las pruebas hábiles para enervarla, siendo necesariamente común esta doctrina a todo el proceso penal, con independencia de la naturaleza de los delitos enjuiciados o de la composición del Tribunal, vinculando del mismo modo a todos los órganos jurisdiccionales penales: Juzgados de Instrucción, Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales, Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia o Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de aforados o Tribunal del Jurado en los delitos de su competencia.

Por tanto, la admisión de la pericial por videoconferencia en este procedimiento, no genera duda alguna.

⁷⁵⁸ BDA RJ 2000\7462.

4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL Y PERICIAL REALIZADA A TRAVÉS DE VIDEOCONFERENCIA

Dado que la prueba testifical y la prueba pericial son dos medios de prueba personales, y por tanto, sus apreciaciones por el Juzgador para formar su convicción se basará en los mismos parámetros, a continuación vamos a exponer qué elementos se deben tener en cuenta por el Juez sentenciador a la hora de valorar las deposiciones de los testigos y los peritos realizadas a través de videoconferencia.

En primer lugar interesa recordar que cuando el art. 458 LECrim nos dice que el Juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen título, se trata de una regla orientativa, dirigida al Juez para el momento de nombrar a los peritos, que no excluye a los no titulados⁷⁵⁹, y este precepto no establece ni mucho menos “una regla de valoración de la prueba, que impida al Tribunal apartarse de la opinión de los peritos titulados. Ello sería contrario a un sistema procesal en el que la decisión sobre el valor de las pruebas depende de la convicción en conciencia del Juez (artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)... Lo decisivo no es la titulación de los peritos sino la consistencia del juicio técnico emitido y la valoración del Tribunal sin haberse apartado arbitrariamente de las pautas técnicas

⁷⁵⁹ STS núm. 2144/2002, de 19 diciembre (BDA RJ 2003\2467).

aplicables al caso”⁷⁶⁰, tal vez por ello en el TACPP no existe ninguna mención a la valoración de la prueba realizada en el acto del Juicio.

Pero en segundo lugar, como alerta DE URBANO CASTRILLO se debe hacer una exhortación a que el órgano judicial no se deje seducir por el “impacto de la imagen”, de lo que ve y escucha a través de una pantalla, haciéndose obligatorio el reforzamiento del “estado anímico de certeza” que suele atribuirse a lo que se ve y oye por videoconferencia, pues existen diferentes estudios en los que se nos alerta que la información que se reproduce a través de la imagen y el sonido, provocan cierta “fascinación” o “seducción” en quien percibe el mensaje audiovisual, y ante ello hay que estar en guardia y ser muy crítico⁷⁶¹.

En consecuencia, las declaraciones de testigos y peritos por medio de videoconferencia se han de valorar del mismo modo que si se realizaran físicamente en la sede judicial, pero con la

⁷⁶⁰ STS núm. 1045/1995, de 27 de octubre (BDA RJ 1995\7687).

⁷⁶¹ DE URBANO CASTRILLO, E., "La prueba pericial videográfica"..., cit., pp. 17-18. Sobre la influencia que produce el mensaje emitido por medios audiovisuales es interesante consultar a BAGGALEY, J. P., DUCK, S. W., *Análisis del mensaje televisivo* (trad. ALSINA THEVENET, H.), ed. Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 1979, y acerca de la influencia que pueden tener los medios técnicos en la declaración por videoconferencia en la percepción de la declaración por el Jurado tanto beneficiosos como perjudiciales vid. ROTH, M., "Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and adversarial truth"..., cit. pp.197-206 y BOWEN POULIN, A., "Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant"..., cit. pp. 1106-1111.

prevención de que existen ciertos elementos que pueden influir en su percepción derivados del mensaje audiovisual.

5. OTROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL

En un procedimiento penal siempre van a existir dos posiciones enfrentadas entre sí, una acusadora y otra acusada, y en cada posición se va a colocar como mínimo una parte procesal. Sabemos que en la posición acusada siempre va a existir como mínimo un inculpado, pudiendo ser más, y en la acusadora, se posicionará en el caso de delitos públicos y semipúblicos, obligatoriamente el Ministerio Fiscal, la acusación particular, en nombre y representación de las víctimas o personas perjudicadas por los hechos delictivos, y la acusación popular (generalmente asociaciones), siendo como todos sabemos, en los delitos privados, el único acusador posible el privado, no existiendo los demás.

Por tanto, en un proceso criminal van a participar activamente no sólo el imputado o acusado y los testigos que eventualmente sean llamados a declarar, tanto en fase de instrucción como de juicio oral, sino también una serie de instituciones y operadores jurídicos como son el Ministerio Fiscal y los Abogados y Procuradores, actuando siendo estos dos últimos en el proceso como miembros integrantes de la defensa y de la acusación en el caso de ser contratados sus servicios por las propios ofendidos por

el delito o los perjudicados por el mismo o por asociaciones que quieran constituirse como parte en el proceso por mor de la posibilidad que les otorga el art. 125 CE, para ejercitar la acusación popular.

Además, en el supuesto de que el acusado o algún testigo sea extranjero, y no hable y/o comprenda el idioma oficial, el español, se le deberá asistir de un intérprete. Extremo éste que no resulta aislado en la actualidad, puesto que en nuestro país reside un elevado volumen de inmigrantes de un sinnúmero de nacionalidades, y por tanto, la asistencia de intérpretes en los Juzgados está a la orden del día.

Dicho todo esto, cabría analizar también la contingencia de participar a distancia en el proceso penal de la institución del Ministerio Fiscal, de los letrados y procuradores y de los intérpretes.

A) Instituciones y operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal

Como venimos incidiendo a lo largo de este trabajo, es necesario realizar una progresiva implementación de los avances tecnológicos en Tribunales, Fiscalías, Dependencias Policiales y Registros civiles a fin de dotarles de nuevas herramientas de gestión que permitan compartir el conjunto de los órganos e

instituciones que conforman en cierto modo la organización judicial, para dotar de una mayor eficacia a nuestro sistema judicial.

En aras a lograr la tan deseada eficiencia y optimización de la Justicia, se hace imprescindible que los operadores jurídicos que intervienen en las actuaciones judiciales, a saber, fiscales, abogados y procuradores, puedan participar en los procesos por medio de las nuevas tecnologías, facilitando así su labor en pro de una justicia de mayor calidad.

a) Ministerio Fiscal

A simple vista, la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito del Ministerio Fiscal, podría hacer pensar que va a producir los mismos resultados que en la Administración de Justicia en general: mayor celeridad y comodidad, acceso a la información y simplificación de trámites, pero este planteamiento como indica HERRERO-TEJEDOR ALGAR, es un análisis superfluo de la realidad⁷⁶². Pues su introducción es mucho mayor, ya que afecta tanto a las funciones que pueden encomendarse al Fiscal como a la distribución territorial de la Institución⁷⁶³.

⁷⁶² HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “Nuevas tecnologías y Ministerio Fiscal”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 4, 2003, p. 433.

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 433.

Tenemos que en cada Partido Judicial existe como mínimo un Juez de Primera Instancia e Instrucción, no existiendo una igualdad de condiciones entre el Fiscal y el Juez, pues los Fiscales se hallan en la capital de provincia –sede de la Fiscalía de la Audiencia Provincial– o en las ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía.

Una primera solución sería la ampliación de la plantilla del Ministerio Fiscal que facultara a los Fiscales a estar presentes en cada Juzgado. Esta salida sería económicamente inviable y por otro lado contraria a la deseable calidad y preparación profesional de los miembros del Ministerio Público, pues un Fiscal no se improvisa si no que cuesta bastante tiempo su formación⁷⁶⁴. Por ello la mejor opción pasa por la correcta utilización de las nuevas tecnologías. De esta manera si cada Juzgado de Instrucción (sobre todo en los pueblos) se halla equipado con un sistema de videoconferencia, debidamente conectado con la sede de la Fiscalía, la participación activa del Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación y en las diligencias urgentes, no pasaría necesariamente por su presencia física, sino por su participación interactiva o virtual. Así, sólo sería exigible su presencia física en el acto de juicio oral⁷⁶⁵.

De hecho, el art. 3 *in fine* del EOMF apunta en esta dirección al establecer lo siguiente: “*Con carácter general, la intervención*

⁷⁶⁴ *Ibidem*, p. 433.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 436.

*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*⁷⁶⁶. Con esta regulación se da cobertura legal a la posibilidad de la participación del Ministerio Fiscal en el proceso penal sin necesidad de intervenir físicamente, y no sólo en la jurisdicción penal, sino en todo tipo de procesos⁷⁶⁷.

Anterior a la regulación del art. 3 EOMF que permite la comparecencia del Fiscal por medios audiovisuales⁷⁶⁸, con la reforma parcial de la LECrim sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, por Ley 38/2002, de 24 de octubre⁷⁶⁹, se introdujo el término “participación activa” en el art. 797.1 LECrim, entendiéndose por tal “la intervención del

⁷⁶⁶ Del mismo modo, en el art. 378.1.b) del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2011, prevé la utilización de la intervención del Fiscal, como instructor de la investigación penal, en la toma de declaraciones de los testigos que residan fuera de su circunscripción.

⁷⁶⁷ Hay que recordar la multiplicidad de funciones que tiene atribuida el Ministerio Fiscal, la gran mayoría de ellas vienen referidas al proceso penal, pero también tiene encomendado la realización de determinadas actividades en el proceso civil, laboral y contencioso-administrativo, cfr. art. 3 EOMF.

⁷⁶⁸ El art. 3 fue modificado por Ley 14/2003, de 26 de mayo (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2003), añadiendo el párrafo que hemos transcrito, introduciendo la posibilidad de la comparecencia del Fiscal por medios tecnológicos.

⁷⁶⁹ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2002.

Ministerio Fiscal en la práctica de diligencias instructoras urgentes que deben realizarse ante el Juzgado de Guardia”⁷⁷⁰.

Desde un punto de vista negativo, se debe asumir que “participación activa” y “presencia física” del Ministerio Fiscal, no son términos sinónimos⁷⁷¹. La Ley no establece la presencia necesaria del Ministerio Fiscal, sino su participación activa, deduciéndose por consiguiente que la presencia física no es preceptiva, pero tal y como indican GIMENO SENDRA y LÓPEZ COIG, “de esta función ‘subjctiva’ (la participación activa) claramente se aprecia que el Ministerio Fiscal, al igual que en el proceso penal del menor, está llamado a desempeñar una nueva e importante función en el proceso penal, cual es la de ‘mediador’ entre aquellas partes enfrentadas en orden a conseguir una inmediata y justa conformidad entre ellas. Para ello, resulta ineludible, como presupuesto previo, que el Ministerio Fiscal asista y participe activamente, al menos, a las declaraciones del imputado, del ofendido y del perjudicado”, haciendo uso de la videoconferencia cuando sólo “por razones de necesidad (v. gr.: por la ausencia de destacamento del Ministerio Fiscal en un determinado Juzgado) no pueda personalmente acudir el Ministerio

⁷⁷⁰ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 165-166.

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 166.

Fiscal a la declaración” y no por la mera comodidad de comunicarse con el Juez⁷⁷².

Desde una perspectiva positiva, podría sostenerse que la intervención activa del Ministerio Fiscal en la práctica de las diligencias instructoras se centra, por un lado, en la posibilidad de interesar del juez la práctica de determinadas diligencias en virtud de lo dispuesto en el art. 773.1 LECrim (de aplicación supletoria a los juicios rápidos), así como en el seguimiento constante y continuado de la práctica de tales diligencias y de los resultados que las mismas proyecten y la aportación al Juzgado de todos aquellos elementos de investigación de que disponga el Ministerio Fiscal y que guarden relación con la causa⁷⁷³. Siendo factible la intervención por el Fiscal en las diligencias no sólo por medio de su presencia física, sino también a través de las nuevas tecnologías, como los sistemas de videoconferencia⁷⁷⁴.

Tras la reforma de la LECrim, dando lugar a los nuevos juicios rápidos, el Ministerio Fiscal en este tipo de procesos ha experimentado un gran fortalecimiento, pues antes de la misma, el

⁷⁷² GIMENO SENDRA, V., LÓPEZ COIG, J.C., “De las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia”, en *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2004, p. 134.

⁷⁷³ FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos...*, cit., p. 168.

⁷⁷⁴ BARALLAT LÓPEZ, J., “La instrucción judicial del procedimiento”, en *Los juicios rápidos. Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas* (coord. DELGADO MARTÍN, J.), ed. Colex, Madrid, 2002, p. 245.

Fiscal sólo intervenía en algunas diligencias practicadas en el Juzgado de Guardia cuando ésta tenía una duración de 24 horas, desde la entrada en vigor el 28 de abril de 2003 de las reformas que introdujeron los nuevos juicios rápidos en la LECrim⁷⁷⁵, el Fiscal ha de participar activamente en todas las diligencias del Juzgado de Instrucción de Guardia, sea ésta de 24 horas, de una semana o guardia permanente⁷⁷⁶.

Es por ello por lo que “tal participación supone otros cauces distintos de la presencia física, pues lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del Ministerio Público en algunos supuestos”, pero no ha de “entenderse como una regla general, sobre todo en capitales de provincia o en ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía. No obstante, en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal, la utilización de medios tecnológicos puede en ocasiones llegar a convertirse en la única forma de conseguir la participación activa requerida por la Ley”⁷⁷⁷.

Con todo, debemos advertir que en la comunicación telemática entre el Fiscal y el Juzgado de Guardia, los Fiscales habrán de

⁷⁷⁵ LO 8/2002 y LO 38/2002, ambas de 24 de octubre de 2002 (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2002).

⁷⁷⁶ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio Fiscal*, ed. Colex, Madrid, 2003, p. 75.

⁷⁷⁷ Circular FGE núm. 1/2003, de 7 de abril, sobre Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido e Inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del Procedimiento Abreviado (BDA JUR 2003\67710).

hacer más intensa, aún más si cabe, su función de vigilancia de las garantías procesales, pues su ausencia física, convertida en presencia jurídica por el empleo de los modernos recursos técnicos, nunca puede implicar una disminución de todos aquellos principios estructurales y derechos cuya vigencia es requerida para la validez de los actos procesales⁷⁷⁸.

En la línea de introducir las tecnologías de información y comunicación en las actuaciones de los fiscales, se añadió al art. 306 de la LECrim un párr. 4º por el art. 4.1 de la LO 13/2003, de 24 octubre⁷⁷⁹, estableciéndose lo siguiente “*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*”.

En consecuencia, se extiende el uso de la videoconferencia por el fiscal a todos los procedimientos penales, encaminándose la *voluntas legislatoris* a facilitar el trabajo del Ministerio Fiscal, decantándose por la incorporación de las nuevas tecnologías en su

⁷⁷⁸ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio Fiscal...*, cit., p. 76.

⁷⁷⁹ BOE núm. 257, de 27 de octubre de 2003.

labor de parte necesaria en la práctica totalidad de procesos penales, en detrimento de incrementar su plantilla.

De esta guisa, el Fiscal tendrá muchas más facilidades para intervenir en todas las comparecencias de forma razonable, siendo un acierto del legislador, incluir la utilización de los medios audiovisuales para la comparecencia del fiscal a la que se refiere el art. 505 LECrim.

Como nos señala HERRERO-TEJEDOR ALGAR, existen Partidos Judiciales que se hallan a más de 50 kilómetros de la capital de la provincia, y en ocasiones se encuentran separados de la misma por deficientes medios de comunicación o accidentes naturales que dificultan notablemente su acceso inmediato, compareciendo el Fiscal por videoconferencia, el justiciable no debe esperar a conocer la decisión acerca de su prisión o libertad hasta el momento en el que aquél pueda personarse físicamente⁷⁸⁰. De hecho, en determinados partidos judiciales, como por ejemplo, en toda la provincia de Alicante, los fiscales comparecen a través de videoconferencia en las Vistas en las que se resuelve el ingreso o no en prisión preventiva del inculpado⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., “Nuevas tecnologías y Ministerio Fiscal”..., cit., p. 442.

⁷⁸¹ Información disponible en: <http://www.diarioinformacion.com/alicante/2011/05/28/fiscales-podran-celebrar-vistas-prision-videoconferencia/1132206.html> (fecha de consulta: 14 de julio de 2014).

Con esta regulación que posibilita la utilización de los medios técnicos de comunicación de la imagen y el sonido en la comparecencia de los fiscales en el proceso penal se colman las reivindicaciones que estaba realizando el Ministerio Fiscal en punto a facilitar el trabajo de los acusadores públicos, desbordados sobre todo desde la entrada en funcionamiento de los juicios rápidos.

De hecho, en el Proyecto de Ley que reformaba el art. 797 de la LECrim, su borrador incluía la comparecencia física, cambiado posteriormente tras la emisión de un informe del Ministerio Fiscal, por el cual se recomendaba que se incluyera “participación activa”, para poder sustituir la presencia física por la virtual⁷⁸².

Del mismo modo, vemos actualmente como el Ministerio Fiscal también anima por medio de sus instrucciones a la intervención en el proceso por medio de videoconferencia, así la Instrucción FGE núm. 7/2005, de 23 junio⁷⁸³, mencionada anteriormente en este trabajo, en lo relativo a la composición de las secciones de Violencia sobre la Mujer, se recomienda por “la mejora del rendimiento organizativo... la utilización de medios técnicos, y singularmente la videoconferencia. Se procurará potenciar por las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer el sistema de videoconferencia u otro similar que permita la

⁷⁸² FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos...*, cit., pp. 166-167.

⁷⁸³ BDA JUR 2005\141781.

comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido como medio de intervención a fin de evitar el desplazamiento del fiscal adscrito a la Sección a sede distinta (art. 306 LECrim, 3 Estatuto, e Instrucción 3/2002 FGE) en las ordenes de protección, comparecencia de diligencias urgentes, de medidas de prisión se insta a sus miembros a comparecer por este medio técnico en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuando el juez tenga que adoptar la decisión de conceder orden de protección”.

Todas estas innovaciones técnicas que facilitan el trabajo del Ministerio Fiscal en su intervención en el proceso penal deberían desaparecer si finalmente en España se adopta el modelo de instrucción vigente en muchos países de nuestro entorno, es decir la atribución de la labor de investigación en el procedimiento penal preliminar, sustituyendo en esta función al Juez Instructor, creándose la figura del Juez de Garantías, para adoptar decisiones que afecten a derechos y libertades fundamentales, tales como la prisión provisional, la intervención de las comunicaciones, entre otras⁷⁸⁴.

⁷⁸⁴ En Alemania, Portugal e Italia, así como en diferentes países de Iberoamérica, la instrucción en los procesos penales está encomendada al Ministerio Público, siendo este en el procedimiento preliminar judicial el encargado de la recogida de pruebas y demás elementos necesarios para preparar la celebración del juicio oral existiendo a su vez un Juez de Garantías que acordaría las medidas que pudieran limitar derechos y libertades fundamentales: prisión provisional, medidas cautelares (tanto civiles como penales), intervenciones telefónicas, entrada y registro en lugar cerrado, recogida de muestras corporales, entre otras. Sobre esta cuestión de la investigación sumarial del Ministerio Público en

Este es el modelo propuesto en el TACPP, dando así cumplimiento a las exigencias de un sector doctrinal sector doctrinal importante que solicita que se produzca un cambio en este sentido en nuestro proceso penal. Entre estos autores, podemos destacar a GIMENO SENDRA, el cual sostiene que es necesario un Código de Proceso Penal completamente nuevo que mantenga las conquistas habidas en materia de derecho de defensa, pero que al mismo tiempo sea innovador en lo referente a la obtención de la rapidez en la actuación del *ius puniendi*, en la consolidación del sistema acusatorio, en la rehabilitación del imputado y en la protección de la víctima, siendo necesario para el logro de tales objetivos acometer la reforma de la instrucción, de tal manera que el Ministerio Fiscal sea el Director de la Investigación sumarial, tal y como sucede en los Códigos Procesales Penales alemán, portugués e italiano y en cierto modo en nuestra Ley Procesal Penal del Menor.

La instauración de este modelo, no implica la desaparición del Juez instructor, sino la reducción de sus atribuciones a funciones estrictamente jurisdiccionales, pues conservaría toda su competencia en lo relativo a la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales, medidas cautelares y actos de prueba

Derecho comparado se puede consultar MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

instructora anticipada y preconstituida, dejándose al Ministerio Fiscal y a la policía judicial la práctica de los actos de investigación⁷⁸⁵.

No obstante, en nuestra opinión, a diferencia de lo que se sostiene en la Exposición de Motivos del TACPP para justificar este cambio en nuestro proceso penal en la medida que el Juez Instructor era realmente un Inquisidor –vamos al más puro estilo Torquemada- la atribución al Ministerio Fiscal de la fase de instrucción es un claro retroceso en las garantías de los ciudadanos.

Un juez, que es miembro del tercer poder del Estado, independiente e imparcial (art. 117 CE) reúne las mejores condiciones para ser objetivo en dicha fase de instrucción. Sin embargo, un Fiscal, que está adscrito a un órgano que depende del poder ejecutivo, difícilmente puede ser objetivo e imparcial, pues las políticas de gobierno –mayor número de detenciones y juicios para aparentar que hay una gran política criminal del poder ejecutivo para tratar de obtener réditos electorales-, e incluso las políticas propias del partido que esté en el gobierno –piénsese en casos de corrupción que afectan al actual partido del gobierno, el Partido Popular, como pudiera ser la trama Gürtel, o la posible financiación ilegal destapada a raíz del libro contable de su extesorero el Sr. Luis Bárcenas-, pueden incidir muy seriamente en

⁷⁸⁵ GIMENO SENDRA, V., *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, ed. Iustel, Madrid, 2006, pp. 32-44.

la actuación del Ministerio Fiscal en la fase de investigación, pudiéndose correr el riesgo de que se archiven actuaciones que ciertamente reunían indicios de delito, en contra de la más absoluta legalidad.

Por ello, dado que en nuestra opinión la actuación del Ministerio Fiscal puede estar impregnada de parcialidad y arbitrariedad en determinados casos, al menos, la toma de declaraciones deberá realizarse en la sede del Ministerio Fiscal, sin que pueda llevarse a término a través de videoconferencia, salvo en los supuestos excepcionales que hemos comentado anteriormente, pues quién decide si existen indicios racionales de delito en la actuación de un determinado sujeto, debe estar lo más próximo posible a la percepción de las declaraciones en aras a valorar su credibilidad.

Por estos motivos, nos mostramos en contra de lo dispuesto en los arts. 126 y 367 del TACPP, relativos a la declaraciones del encausado y del testigo respectivamente ante el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción en la medida que faculta sin ningún tipo de restricción –utilidad o seguridad- la intervención no de los declarantes sino del propio Ministerio Fiscal a través del sistema de videoconferencia.

En la actualidad existen Protocolos, como el Protocolo sobre el procedimiento a seguir para la utilización de la Videoconferencia entre los Juzgados de Menores, la Fiscalía de Menores y los

Centros de Justicia Juvenil de 24 de mayo de 2.006 de Cataluña, en cuya virtud, permiten al Fiscal instructor de un procedimiento de responsabilidad penal de menores tomar declaraciones a los menores acusados por medio de videoconferencia⁷⁸⁶.

Sin embargo, toda intervención del Ministerio Fiscal a través de este sistema audiovisual en su función de director de la fase de instrucción penal, es del todo rechazable, pues ello obedece a meros fines económicos –reducción de plantilla de Fiscales- y no a razones de utilidad –imposibilidad de comparecencia del deponente- en la medida que se limitan los derechos de los encausados al no poder valorar correctamente las deposiciones que les incriminen o les exculpen del hecho delictivo del que están acusados.

b) Intervención de abogados y procuradores en el proceso penal por videoconferencia

Hemos visto, a lo largo de este trabajo, como la ley autoriza en determinados casos a la posible intervención por videoconferencia a la práctica totalidad de las personas que intervienen en un proceso penal (acusado, testigo y Ministerio Fiscal), pero nada dice la ley respecto de los abogados y procuradores.

⁷⁸⁶ Protocolo susceptible de consultarse en: <http://www.poderjudicial.es> (fecha de consulta: 23 de enero de 2.007).

En este sentido BUENO DE SITJAR considera que se ha de producir una modificación del art. 229.3 LOPJ, sugiriendo la siguiente redacción: “La personación y la intervención de los miembros del Ministerio Fiscal y de la defensa letrada de las partes, en cualesquiera actuaciones judiciales en todo tipo de procesos, a salvo las excepciones que prevea la ley, podrá efectuarse a través de medios técnicos que permitan la transmisión y la recepción recíprocas del sonido, y en su caso de la imagen cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso disponga de ellos, de forma que esté garantizada la autenticidad de la comunicación”⁷⁸⁷.

Las ventajas que implicarían este sistema serían la intervención del abogado particular ante los tribunales en varias ocasiones en una misma jornada, no siendo un obstáculo para ello el elevado número de juicios que se tengan o la proximidad horaria entre ellos, y con independencia del lugar de su celebración; se eliminarían los habituales periodos de espera antes de la celebración de los juicios; se aprovecharía mejor la jornada laboral, pues se suprimirían los lapsos de tiempo que se tarda en llegar al juzgado, pudiendo

⁷⁸⁷ BUENO DE SITJAR DE TOGORES, S., "Propuesta de modificación legislativa a fin de posibilitar, al Ministerio Fiscal y Letrados de las partes, la asistencia a actuaciones judiciales mediante conferencia o videoconferencia", en *La modernización de la justicia en España: XXVIII Jornadas de Estudio*, 4, 5 y 6 de septiembre de 2001; *El ámbito del sector público: XXIV Jornadas de Estudio*, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, p. 362.

dedicar ese periodo de tiempo a otras actividades, siendo únicamente obligatoria su presencia física por procederse a practicar una prueba muy trascendente o por la importancia o complejidad del asunto a tratar⁷⁸⁸.

Todos estos razonamientos en pro de la utilización de la videoconferencia son admisibles si el que va a comparecer virtualmente es el Ministerio Fiscal, pero en un proceso penal entendemos que la comparecencia del Abogado que defienda debe ser en todo momento física y no virtual. En primer lugar, la LECrim así lo obliga en la fase de juicio oral, incluso en el procedimiento abreviado puede continuarse el juicio oral sin la presencia física del acusado, cuando este se halle ausente injustificadamente, dándose los requisitos exigidos en el párrafo segundo del art. 786.1 LECrim, pero aún en este supuesto, nunca podría desarrollarse el acto de juicio oral sin la presencia física de un abogado, ya sea el que hubiera designado el acusado, ya sea de oficio (art. 786.1 LECrim)⁷⁸⁹.

En relación con la diligencias de investigación que requieren asistencia letrada, no encontramos ningún precepto que diga expresamente que la presencia ha de ser necesariamente física, pero ha de entenderse siempre así, por el contrario creemos que se estaría vulnerando el derecho de defensa del imputado.

⁷⁸⁸ *Ibidem.*, p. 360.

⁷⁸⁹ En idéntico sentido art. 7.3 del TACPP.

Así, podemos observar como en la declaración del detenido, la presencia física del abogado se hace obligatoria, atendiendo a las actuaciones que puede realizar en la mencionada declaración, las cuales nunca serán factibles de desempeñarse a distancia. Estas actividades pueden consistir en solicitar que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 del art. 520 LECrim y que se proceda a su reconocimiento médico, pedir a la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la aclaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica y por último también puede entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la toma de declaración (art. 520.6 LECrim)⁷⁹⁰.

A idénticas conclusiones llegamos a alcanzar respecto del resto de diligencias que pueden practicarse en la fase sumarial, como la apertura de la correspondencia, la entrada y registro en el domicilio del detenido, la inspección ocular, el reconocimiento pericial y el reconocimiento en rueda, diligencias que no pueden ser realizadas

⁷⁹⁰ En idéntico sentido art. 167 TACPP. Vid. STEDH de 13 de mayo de 1980, caso Artico contra Italia (BDA TEDH 1980\4).

sin la presencia física de abogado, con el fin de respetar las garantías constitucionales del individuo investigado⁷⁹¹.

La participación a distancia de procuradores se ve reducida a la presentación de escritos y documentos, traslado de copias y realización de actos de comunicación procesal, actividades que pueden realizarse a través del sistema informático LEXNET⁷⁹², sistema que además, por su deficiente mantenimiento, falla en múltiples ocasiones. La participación de los abogados ni tan siquiera alcanza al sistema LEXNET. Si lo pensamos detenidamente que en la era digital un profesional jurídico aún no intervenga en un

⁷⁹¹ Vid. a modo de ejemplo, en relación con la diligencia de entrada y registro la SAP de Las Palmas, Sección 1ª, de 11 de abril de 2007 (TOL 1160928), en la que se declara nula la entrada por la Policía en el domicilio del detenido sin la presencia de abogado. Por su parte las Sentencias del TC núm. 19/1993, de 18 de enero (BDA RTC 1993\19) y del TS de 12 de julio de 1988 (BDA RJ 1988\6557), hacen referencia a las garantías constitucionales que deben observarse en todas las diligencias instructoras, destacando la presencia de Letrado y la presencia judicial.

⁷⁹² LEXNET es un sistema de comunicación dirigido a la Administración de Justicia desarrollado por la Subdirección General de Nuevas Tecnologías de la Justicia, aprobado por RD 84/2007, de 26 enero (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2007), basado en un sistema de correo electrónico seguro, el cual permite las comunicaciones entre los Juzgados y Tribunales con los Abogados y Procuradores, realizándose por este sistema el traslado de las notificaciones de los órganos jurisdiccionales a estos operadores jurídicos, así como la presentación de escritos y documentos por estos últimos a la sede judicial, siendo las ventajas de este sistema evidentes: rapidez, ahorro de tiempo, reducción de papel, comodidad, etc. CREMADES GARCÍA, V., ALACID BAÑO, L.M., "Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 2, disponible en: http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/NUMERO_2.html (fecha de consulta: 21 de marzo de 2008).

proceso por medio de las nuevas tecnologías, intervención virtual/tecnología que le facilitaría su trabajo y lograría una mejor eficiencia del sistema judicial, produce en nuestra opinión una absoluta desazón. Pero que realmente explica la situación que estamos atravesando, si las instituciones y la forma de actuar y participar en ellas están sumidas en una absoluta depresión, ¿cómo va a estar la sociedad?, sencillamente bajo los efectos de una profunda depresión.

c) Juez de Vigilancia Penitenciaria

Un operador jurídico que merece especial atención a su posible intervención por medio de videoconferencia es el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

La función esencial del Juez de Vigilancia Penitenciaria consiste en salvaguardar los derechos de los reos, internos en los centros penitenciarios (art. 76.1 LOVG). De esta suerte el art. 76.2.g) LOVG atribuye a dicho Juez la función de “acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos”.

Por tanto, cuando se presenten por los reclusos tales peticiones o quejas, el Juez podrá mantener una entrevista con el interno para

que le aclare todas aquéllas cuestiones que estime oportunas para resolver sobre lo solicitado por el preso.

En estos casos, ya no estamos ante una declaración que venga vinculada al ejercicio del derecho de defensa del art. 24 CE, sino más bien, ante un acto que bien se puede tildar de acto meramente administrativo, para aclarar las ideas del Juez a la hora de resolver sobre una concreta petición. Por ello, en aras a evitar desplazamientos innecesarios, es deseable que se realicen estas aclaraciones a través de sistemas de videoconferencia. De ahí que el art. 675 TACPP prevea acertadamente tal posibilidad al establecer que “las personas internas en un Centro Penitenciario, cumpliendo condena o en situación de prisión preventiva podrán efectuar por escrito cuantas peticiones o quejas consideren pertinentes a la Autoridad Judicial en los términos previstos en este Código y en la legislación penitenciaria. A tal efecto el interno tendrá derecho al menos cada tres meses a mantener una entrevista personal o mediante videoconferencia con el titular del Tribunal de Vigilancia Penitenciaria”.

B) El intérprete

El intérprete interviene en las diligencias judiciales para solucionar los problemas que plantea el uso de idiomas diferentes por las personas que intervienen en ellas. Derecho éste de la

asistencia de intérprete que en el concreto ámbito del proceso penal tiene una gran relevancia, por cuanto se trata de un derecho integrante de la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24 CE.

De esta suerte, la indefensión que se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello, nuestro Tribunal Constitucional siempre ha hablado de indefensión material y no de indefensión formal. Para que se dé esta última resulta necesaria, pero no suficiente, la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca (STC núm. 90/1988, de 13 de mayo)⁷⁹³. Por ello, «es razonable que el derecho a “ser asistido gratuitamente por un intérprete” haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho

⁷⁹³ BDA RTC 1988\90.

fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre» (STC núm. 181/1994, de 20 junio)⁷⁹⁴. Máxime, cuando este derecho está reconocido por el art. 6.3 e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y el art. 14.3.f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos instrumentos ratificados por España en 1977 y 1979, por lo que nuestra Constitución ha de interpretarse en atención a estos preceptos, por hallarse en convenios sobre derechos fundamentales y libertades públicas ratificados en España (art. 10 CE).

En este orden de cosas, el Consejo de la Unión Europea, en Resolución de 30 de noviembre de 2009, sobre plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, señaló que: *“tanto los sospechosos como los acusados han de poder entender lo que está ocurriendo y también hacerse entender. Un sospechoso que no hable o entienda el idioma utilizado en el proceso necesitará de un intérprete”*⁷⁹⁵. Trabajo que se plasmó en la Directiva 2010/64/UE del parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, cuyo objetivo es garantizar el derecho a la interpretación y traducción para toda persona detenida o procesada que no hable o

⁷⁹⁴ BDA RTC 1994\181.

⁷⁹⁵ DOUE C 295, de 4 de diciembre de 2.009.

comprenda la lengua del procedimiento en orden a garantizar su derecho a al debido proceso.

De este modo, cuando así se precise, la asistencia letrada del inculcado exigirá la presencia de intérprete cualificado para su defensa, solicitando que se le traduzcan todos los actos del procedimiento, los documentos esenciales del mismo (pruebas de cargo y descargo), y por supuesto, todas las intervenciones orales que se sucederán en el proceso penal. Sin olvidar que, al formar parte del contenido del derecho de defensa, el abogado podrá solicitar que se le facilite un intérprete de forma gratuita para poder comunicarse con su cliente, y preparar así su defensa.

Como se puede apreciar el papel del intérprete es fundamental en un proceso penal en el caso de que el acusado no entienda el idioma oficial, sin embargo, dado el escaso número de intérpretes cualificados para llevar a término esta función integradora del derecho de defensa, en muchas ocasiones se producen demoras en los procesos dado que tienen que desplazarse a sedes judiciales y dependencias policiales de diferentes provincias.

También existen muy pocos especialistas cualificados en nuestro país que puedan interpretar y traducir el árabe.

Por ello, proponemos que se realice esta función a través de videoconferencia, proposición que no es pionera, por cuanto los intérpretes de Naciones Unidas ya desempeñan este trabajo a través

de medios audiovisuales en tiempo real, sin haberse observado hasta el momento contratiempo alguno⁷⁹⁶.

- a) Las concretas actuaciones del intérprete susceptibles de llevarse a cabo a través de videoconferencia

Como ya hemos señalado, el derecho al intérprete o a la traducción no viene recogido de forma expresa en la Constitución Española, a diferencia de lo que ocurre en los textos internacionales y europeos antes mencionados, si bien esta falta de norma expresa constitucional ha sido suplida por la doctrina del Tribunal Constitucional integrando el derecho a la interpretación y a la traducción dentro del derecho de defensa.

En cualquier caso, aun cuando no existe un reconocimiento expreso como derecho fundamental al intérprete, el legislador ordinario ya ha incluido de forma explícita la mención de este derecho en la LECrim⁷⁹⁷. De este modo la normativa procesal penal española regula esta garantía en dos concretos momentos. En primer lugar, en la detención del presunto autor de un hecho punible, en cuya virtud, cuando el detenido sea extranjero que no

⁷⁹⁶ BAIGORRI JALON, J., *Interpreters at the United Nations: A history*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 13.

⁷⁹⁷ Reconocimiento que no se extiende al derecho a la traducción, aunque de todas formas siempre podrá alegarse este derecho por la articulación del art. 10.2 CE.

comprenda o no hable el castellano tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete (art. 520.2.e LECRIM)⁷⁹⁸. En un segundo momento, en el desarrollo del procedimiento judicial, tanto en fase de instrucción como de juicio oral (arts. 398 y 762.8 LECrim)⁷⁹⁹.

Para entender mejor, como realizar la asistencia al detenido por medio de intérprete a través de videoconferencia, se hace necesario explicar, si bien sintéticamente, la forma en la que se desarrolla la asistencia del intérprete⁸⁰⁰.

a') Fase prejudicial: asistencia de intérprete al detenido en dependencias policiales y judiciales

El detenido puede optar por declarar en las dependencias policiales, manifestar que sólo lo hará ante el Juez o acogerse a su

⁷⁹⁸ En idéntico sentido se mantiene esta regulación en el art. 167.8 TACPP.

⁷⁹⁹ Se mantiene este contenido en el art. 263.1.e TACPP.

⁸⁰⁰ En este sentido vid. ORTEGA LORENTE, J.M., "El intérprete y el detenido", disponible en: <http://www.newrozsl.com/detenido.html> (fecha de consulta: 25 de noviembre de 2011). JIMENO BULNES, M., "El derecho a la interpretación y traducción gratuitas", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2007, pp. 1607-1623. PALOMO DEL ARCO, A., "Derecho a la asistencia de intérprete y derecho a la traducción de documentos en el proceso penal: Primera aproximación a su contenido en el ordenamiento español", en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea = Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, ed. Lex Nova, 2007, pp. 185-211. PARDO IRANZO, V., "El derecho a la interpretación y traducción gratuitas", en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, ed. Thomson Reuters, 2009, pp. 361-391.

derecho a no hacerlo. Lo normal será que bien declare ante el Juez cuando pase a disposición judicial, o bien no haga declaración alguna, puesto que estas son las recomendaciones que habitualmente le hará el letrado que le asista.

En el caso de que decida declarar ante la Policía o ante el Juez, deberá comparecer un intérprete que asista necesariamente al extranjero o nacional desconocedor del castellano y/o del correspondiente idioma co-oficial⁸⁰¹. El problema en muchas ocasiones se deriva de que no se encuentra disponible de forma inmediata un intérprete cualificado para el idioma que se precisa que se persone en la Comisaría o en el Juzgado en el marco legal de las 72 horas que puede durar como máximo una detención (arts. 17.3 CE y 496 y 520 LECrim).

La solución a este problema es establecer guardias de los intérpretes cualificados y el acondicionamiento de las dependencias policiales y judiciales del debido sistema de videoconferencia, con

⁸⁰¹ Recordemos en este punto que es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional conceder el derecho a intérprete a la persona de nacionalidad española que por residir en una región con lengua vernácula alega desconocer el idioma oficial que es el castellano (supuesto acaecido en multitud de ocasiones con los miembros de la banda terrorista ETA), por cuanto “no hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas” (STC núm. 181/1994, de 20 junio, BDA RTC 1994\181). Por ello, los españoles que desconozcan el castellano tienen derecho a ser provistos de intérprete (cfr. por todas STC 74/1987, de 25 de mayo, RTC 1987\74).

el fin de que se puedan conectar, pudiendo con los medios tecnológicos de los que disponemos hoy en día, asistir el intérprete al detenido desde su propia residencia a través de un ordenador personal, sin menoscabo alguno para los derechos del detenido. De esta forma, se estaría fortaleciendo el derecho de defensa de los detenidos desconocedores del idioma oficial, pues en muchas ocasiones, lamentablemente, al no poder disponer del servicio del intérprete, sencillamente se obvia este derecho, pasando el detenido a disposición judicial, sin entender ni comprender de qué hecho delictivo se le está acusando.

Durante la declaración, el intérprete debe traducir o interpretar al correspondiente idioma las preguntas del Instructor del atestado policial, del Juez, del Fiscal y de los Abogados, siempre con la mayor fidelidad posible y en los términos que resulten más fácilmente comprensibles para el detenido.

De igual modo, trasladará con fidelidad al Juez y a los restantes intervinientes en la declaración, la interpretación de las explicaciones ofrecidas por aquél. Este aspecto de la interpretación es fundamental, pues de lo dicho expresamente por el detenido se derivará su puesta en libertad sin cargos o su imputación en un hecho delictivo. Por ello, el intérprete ha de ser extremadamente cuidadoso con las traducciones que realice en cualquiera de los dos sentidos -traducción al detenido y traducción a las autoridades y Letrados-, pues cambiar el sentido de las palabras u ocultar ciertos

matices pueden vaciar de contenido una parte de la declaración sumamente relevante para determinar la participación del detenido en el hecho criminal.

Finalizada la declaración, el intérprete debe leerla traducida al idioma del detenido para que éste compruebe si lo transcrito responde con fidelidad a lo dicho por él, posteriormente si está de acuerdo, prestará su conformidad con su contenido firmando la transcripción de la declaración.

Tras la declaración, puede suceder que el detenido sea puesto en libertad con cargos o bien se decida su ingreso en prisión de manera preventiva. En este último supuesto, el intérprete deberá traducir también las alegaciones formuladas por las partes y la resolución final que acuerde la prisión provisional del imputado. En cualquier caso, en ambos supuestos deberá estar a disposición del abogado para preparar la defensa.

En definitiva, el intérprete asume la responsabilidad de que el detenido conozca exactamente los motivos de su detención, sus derechos y que tenga en todo momento conocimiento de todo lo que sucede, esto es, de las diligencias en las que interviene y de las decisiones que se acuerden en relación con su situación personal.

b') Fase judicial: intervención del intérprete en la fase de instrucción y en la de juicio oral.

El art. 398 LECrim prevé expresamente para la fase de instrucción que “si el procesado no supiere el idioma español o fuere sordomudo, se observará lo dispuesto en los arts. 440, 441 y 442”, esto es, la utilización de intérprete para las declaraciones testimoniales. Idéntica remisión se efectúa por el art. 711 LECrim relativo ya a la fase de juicio oral, en cuya virtud: “los testigos sordomudos o que no conozcan el idioma español serán examinados del modo prescrito en los arts. 440, párrafo primero del 441 y 442”.

Los citados arts. 440 y ss. LECrim, regulan la asistencia de intérprete a aquellos testigos que bien no entiendan el idioma español o bien sean sordomudos⁸⁰². En estos casos en sus declaraciones ante las autoridades judiciales se deberá nombrar intérprete que les asista, bien durante la fase de instrucción penal bien en el acto de juicio oral.

Por su parte para el caso del procedimiento abreviado, el art. 762.8 LECrim también prevé el nombramiento de intérprete tanto en diligencias previas como en el plenario: “cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se

⁸⁰² En el TACPP se mantiene esta regulación en su art. 379.

procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441”.

Por tanto, los actos procesales en los que será necesario la intervención de un intérprete en la fase judicial vendrán circunscritos a las declaraciones de testigos y del imputado que no entiendan el idioma español o se trate de personas sordomudas y a las comparencias de estas personas en la fase de juicio oral.

En esta fase judicial estamos ante el mismo problema que en el supuesto de la asistencia al detenido, existen muy pocos intérpretes que dominen ciertos idiomas, y por ello en ocasiones es complicado coordinar las declaraciones con su asistencia, produciéndose así dilaciones procesales por los retrasos en la toma de declaraciones o por posibles suspensiones de las vistas por coincidencia de fechas con otros juicios en los que deban actuar los intérpretes.

Por ello, no debemos ignorar el uso que le podemos dar a las nuevas tecnologías para lograr una mayor eficacia de la justicia puesta al servicio del ciudadano. Con la comparencia virtual del intérprete se disiparían así muchas dilaciones ocasionadas en los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, dilaciones que en definitiva afectan tanto al acusado de un delito, como al ciudadano, quién cada día observa el detrimento de la calidad de la Justicia.

Por ello, abogamos porque se modernice nuestra Administración de Justicia y se dé solución a un problema que se observa día a día en la praxis judicial.

b) Intervención del intérprete a través de videoconferencia

Nuestra propuesta no es una idea disparatada sinsentido alguno, prueba de ello lo ofrece el hecho de que la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010⁸⁰³, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, Directiva que debe ser traspuesta a ordenamiento de los Estados Miembros antes del 27 de octubre de 2013, regula esta posibilidad.

Esta Directiva establece que la asistencia de intérprete se hará preferiblemente por medio de su presencia física junto al inculcado, si bien, cuando sea apropiado, su actuación se llevará a término a través del uso de las nuevas tecnologías (videoconferencia, comunicación telefónica o internet), siempre y cuando quede debidamente garantizada la equidad del proceso (art. 2.6). En tales casos, de conformidad con el Considerando 28, las autoridades competentes deberán utilizar los instrumentos desarrollados en el marco de la Red Europea de Justicia (por

⁸⁰³ DOUE L 280, de 26 de octubre de 2010.

ejemplo, información sobre tribunales con instalaciones o manuales de videoconferencia), recogidos todos ellos en el portal e-justice⁸⁰⁴.

Precisamente en atención a esta disposición en el art. 34.5 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011, se reguló la comparecencia virtual del intérprete, estableciendo al efecto que “excepcionalmente, cuando no fuera posible el desplazamiento de los intérpretes al lugar donde se estén desarrollando las actuaciones y siempre que existan los medios técnicos precisos, se facilitará el uso de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido”.

El citado Anteproyecto se llevó a cabo durante la IX Legislatura durante la presidencia del Gobierno de D. JOSÉ LUÍS RODRÍGUEZ ZAPATERO. Sin embargo en noviembre de 2.011 hubo un cambio de gobierno, cambio del poder ejecutivo, que afectó a dicho Anteproyecto, pues en nuestro país al no haber una separación taxativa entre los tres poderes del Estado, el signo político del poder ejecutivo va a condicionar la política legislativa del Parlamento, máxime cuando el Partido que gobierna posee mayoría absoluta en las Cortes Generales. De este modo, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 22 de julio de 2.011 quedó sumido en el olvido hasta que caducó su aprobación, y

⁸⁰⁴ El portal e-justice se encuentra disponible en: <http://e-justice.europa.eu> (fecha de consulta: 10 de diciembre de 2.010).

en el actual texto que se está elaborando por el actual Ministerio de Justicia se elimina la posibilidad de llevar a cabo la participación del intérprete a distancia.

Teniendo en cuenta que se trata de un texto no definitivo, aún no sometido al debate parlamentario, debemos poner de manifiesto cuáles deberían ser las líneas reguladoras de la comparecencia virtual del intérprete en las actuaciones penales, dados los problemas que hemos puesto de manifiesto en su intervención.

En primer lugar, debemos indicar en pro de esta normación que no existe ningún precepto legal que impida la intervención del intérprete por medio de videoconferencia, es más, el art. 121 TACPP avalaría esta postura, por cuanto la participación del intérprete no deja de ser una actuación judicial. En el caso de que empleemos la videoconferencia, la modalidad de interpretación más adecuada sería la consecutiva y no la simultánea.

La interpretación simultánea se realiza, sin que quien habla se detenga para que se traduzca lo que ha dicho antes de continuar. La interpretación consecutiva, por el contrario implica que quien habla se detiene para que se traduzca lo que ha dicho antes de continuar. Ello implica que la interpretación simultánea sea menos precisa y carezca de una menor corrección lingüística a diferencia de lo que acontece con la consecutiva (más rigurosa). Además, en la interpretación simultánea generalmente se hace necesario utilizar el sistema o tecnología de cabinas requiriendo en ocasiones la

conurrencia de dos intérpretes turnándose cada 30 minutos aproximadamente⁸⁰⁵.

Por tanto, para el caso que estamos tratando, la interpretación simultánea resulta más dificultosa, pues implica la utilización de cabinas para los intérpretes, de audífonos para los participantes y un control minucioso de los micrófonos, amén de que su traducción será menos rigurosa, extremo sumamente importante, pues de la traducción que se realice dependerá y mucho el futuro de la persona que esté imputada o acusada de un hecho delictivo.

Por su parte, en la medida que ciertos gestos pueden denotar el concreto y preciso significado de una palabra, los intérpretes deben tener en todo momento un contacto visual adecuado con la persona a la que interpretan.

En relación con los documentos que se pueden presentar en una actuación penal, y que hay que traducir al acusado, bien se puede emplear una cámara de documentos, bien se le puede enviar por medio de fax. En el caso de que se emplee este último medio sería recomendable que antes del comienzo de la videoconferencia se precisara los números de fax para no tener ningún tipo de inconveniente durante la interpretación.

⁸⁰⁵ Sobre las modalidades de interpretación consúltese la información disponible en: http://www.apeti.org.es/html/ic_pmf.htm (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2.012).

En el portal e-justicia de la Unión Europea nos indican que a largo plazo la utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales con intérprete deberán complementarse con bibliotecas de documentos compartidos o servidores de documentos⁸⁰⁶. Si bien estos dispositivos se utilizan cada vez más para compartir información, en el contexto judicial han de tomarse mayores precauciones para asegurarse de que dichas bibliotecas estén protegidas y sólo puedan acceder a ellas las partes autorizadas vinculadas a la causa⁸⁰⁷.

6. OTRAS UTILIDADES: RECONOCIMIENTO EN RUEDA Y ASISTENCIA JUDICIAL.

Hasta ahora, hemos analizado el empleo de la videoconferencia en presos, menores acusados, testigos y en las diferentes instituciones, operadores jurídicos y resto de intervinientes que participan en el proceso penal (Ministerio Fiscal, abogados y procuradores e intérpretes). Pero además de la eventual intervención subjetiva a distancia de todas estas personas, existen

⁸⁰⁶ Los servidores de documentos son en esencia webs en las que se pueden subir y alojar documentos y acceder a ellos bien de forma pública, bien de forma restringida para determinados usuarios a través de la correspondiente autenticación.

⁸⁰⁷ Recomendaciones disponibles en: https://e-justice.europa.eu/attachments/vc_booklet_es.pdf (fecha de consulta 28 de septiembre 2012)

dos actos en los que el uso de la técnica de la imagen y el sonido es susceptible de llevarse a cabo en su práctica. Es el caso de la diligencia de reconocimiento en rueda y del mecanismo de auxilio judicial, tanto nacional como internacional.

A) Reconocimiento en rueda

En el Libro II de la LECrim, dedicado a la fase de instrucción se regula en el capítulo III del Título V la diligencia de reconocimiento como actuación conducente a la averiguación de la identidad del autor de un ilícito penal. Por tanto, la identificación del imputado se realizará en la fase de instrucción, al atribuirse por el Juez de Instrucción a una determinada persona el estatus de imputado.

La actividad de identificación corresponde habitualmente a la Policía Judicial, prevista precisamente para aquellos casos en los que el imputado no está perfectamente identificado a través de querrela o denuncia.

Existen varias formas de identificación del imputado, reconocimiento en rueda, identificación por fotografías, rueda de reconocimiento policial o exhibición del imputado por la policía. Pero el reconocimiento en rueda es la única diligencia regulada en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo el resto de diligencias meras actuaciones policiales consentidas por la praxis judicial a fin

de llevar a cabo con éxito la investigación de la averiguación del autor del delito⁸⁰⁸.

a) Concepto, naturaleza y práctica del reconocimiento en rueda

El artículo 368 LECrim habilita la posibilidad de emplear el reconocimiento en rueda si la identidad del imputado no estuviera determinada. Así, este precepto establece la posibilidad de llevar a cabo el citado reconocimiento para llegar al resultado de que no se ofrezca duda sobre quién es la persona que cometió supuestamente el delito si así lo solicitan los acusadores, el Juez de Oficio, e incluso el propio inculcado en el ejercicio de su derecho de defensa en orden a demostrar que la víctima no le puede reconocer porque no fue el autor de los hechos ilícitos que se le imputan.

La naturaleza de la diligencia de reconocimiento del imputado a través de rueda es la de una diligencia de investigación, y no de una prueba, en la que participa la víctima. Sin embargo, el Tribunal Supremo le atribuye el carácter de prueba testifical, siempre y cuando se ratifique en el plenario la identificación del acusado como autor del delito enjuiciado, por lo que esta diligencia judicial al tener naturaleza de declaración testifical, puede servir como

⁸⁰⁸ Cfr. por todas STS núm. 920/2011, de 29 julio, BDA RJ 2012\5299.

medio de prueba válido para destruir la presunción de inocencia del inculcado⁸⁰⁹.

En la práctica de la diligencia de reconocimiento en rueda, en virtud de lo arts. 369 y 370 LECrim, únicamente se exige que la persona que haya de ser reconocida sea puesta a la vista de la víctima o testigo que vaya a realizar la identificación debiendo practicarse la diligencia de forma separada en caso de concurrencia de varios testigos. En consecuencia únicamente se exigen dos presupuestos en su práctica: que la rueda venga compuesta por personas de similares características físicas y que no se practique de manera simultánea por los diferentes testigos que han de reconocer al autor del delito⁸¹⁰.

Este reconocimiento se ha de realizar desde un punto de visión que estime conveniente el Juez, en el que la presencia del testigo o la víctima no pudiera ser apreciada, habiéndose de indicar por estas personas si se encuentra en la rueda o grupo el sujeto al que hizo referencia en sus declaraciones, designándole, en caso afirmativo, clara y determinadamente.

La diligencia sumarial realizada para reconocer a las personas sospechosas de estar implicadas en un delito es de extrema

⁸⁰⁹ Cfr. por todas STS núm. 946/1992 de 21 abril, BDA RJ 1992\3175.

⁸¹⁰ Aunque la Ley obliga a que todas las personas que comparezcan en la rueda para el reconocimiento presenten similares características físicas, la práctica diaria dista mucho de lo que prescribe el art. 369, pues junto al presunto autor se colocan a personas que no tienen ni los rasgos ni el porte físico semejantes al suyo.

importancia porque no es posible repetirla en el acto del juicio. De ahí que deba revestir una serie de condiciones para su validez, como lo es la asistencia letrada a la persona cuyo reconocimiento se pretenda. Y también ha de cumplirse la exigencia de semejanza entre las personas que sean incluidas entre las que se presentan, junto con el sospechoso, y este mismo. Sin embargo una extremada semejanza, aparte de imposible de lograr, sería también ineficaz para los fines que se pretenden, pues dificultaría en extremo a las personas encargadas de designar a una entre otras, el reconocimiento de la persona a la que se busca (STS núm. 1733/2000, de 7 diciembre)⁸¹¹.

Como muy bien analiza SOLETO MUÑOZ, existen una serie de factores que pueden influir en una errónea identificación del autor del delito⁸¹².

Por un lado podemos estar en presencia de testigos que tengan una capacidad de memoria limitada, incapaces de reconstruir en su mente con un alto grado de exactitud como aconteció el suceso criminal. También influirá y mucho las condiciones de iluminación del lugar en el que se cometió el hecho delictivo, la duración el tipo de hecho y la violencia del suceso.

⁸¹¹ BDA RJ 2000\10146.

⁸¹² SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 23 a 80.

Por otro lado, también puede influir factores que afectan al propio testigo en el momento del reconocimiento como el estrés o el miedo.

Por ello, el reconocimiento en rueda debe practicarse reflejando una serie de garantías para que éste se lleve a cabo de forma que el testigo identifique sin ningún género de dudas y de forma precisa al autor del delito.

A falta de un Protocolo de actuación que nos indique cómo se ha de llevar a término la práctica de esta diligencia, pues las únicas directrices al respecto que vienen referidas a que el sospechoso aparezca acompañado de personas de análoga apariencia y a que los testigos identifiquen de forma individual al imputado, requisitos que en ocasiones ni se cumplen, siguiendo a LASKER, PUSROD y CUTLER⁸¹³, sería interesante que se practicara el reconocimiento en rueda observando estos consejos prácticos:

- a. Que el tamaño de la rueda sea extenso, esto es, de 6 a 12 personas, compareciendo el sospechoso con personas de similar altura, peso, raza y sin marcas ni señales físicas peculiares.
- b. No mostrar fotos al testigo antes de la rueda.

⁸¹³ LASKER, E., "Possible Procedural safeguards against mistaken identification by eyewitnesses", en *UCLA Law Review*, vol. 2, 1954-1955, pp. 556-557. PENROD, S., CUTLER BRIAN, "Eyewitness expert testimony and jury desionmarking", en *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, 1989, pp. 57-58.

- c. No dar al testigo ninguna información sobre antecedentes criminales o policiales ni ninguna otra sobre sus circunstancias, como por ejemplo lugar de detención o su nombre.
- d. Que cada testigo realice la identificación de forma individual, sin la presencia de los demás.
- e. Abstener de emplear a un testigo que haya fallado otra vez en identificar a un acusado.
- f. Que la autoridad indique al testigo que la persona que vio puede estar o no en el grupo que se va a visionar, insistiendo en la posibilidad de que bien puede no hallarse en ese grupo el acusado.
- g. Que la duración del reconocimiento sea igual al tiempo en el que el testigo pudo ver al agresor.
- h. Que los miembros de componen la rueda hablen en el caso de que en la comisión del ilícito penal hubieren hablado, ofreciendo también el perfil para un mejor reconocimiento.

A todas estas pautas apuntadas por los autores citados debemos añadir una nueva: el empleo de la videoconferencia para la diligencia del reconocimiento en rueda, en aras a mitigar el posible estrés o el miedo que puedan sufrir los testigos o las víctimas en orden a conseguir una idónea identificación del posible sujeto responsable del delito. Pues a fin de cuentas, utilizar todos los

medios que estén a nuestro alcance para que el testigo realice el reconocimiento en las mejores condiciones posibles para no incurrir en una errónea identificación constituye una garantía para el imputado de que ese reconocimiento se va a llevar adecuadamente.

b) Utilización de la videoconferencia en la diligencia de reconocimiento en rueda

Apoyándose en el art. 325 LECrim relacionado con el art. 229.3 LOPJ, es práctica habitual de los juzgados realizar el reconocimiento en rueda por videoconferencia. En este sentido se puede consultar la SAP de Valencia núm. 320/2003, Sección 5ª, de 15 de diciembre⁸¹⁴, en el que se explica con detalle cómo se llevó a cabo el reconocimiento del presunto autor del delito por la víctima.

Es relevante esta resolución, por cuanto la víctima en el propio reconocimiento en rueda advirtió de una señal que caracterizaba singularmente al acusado, pues tenía una cicatriz en un ojo. Cicatriz que fue visionada por la víctima en el reconocimiento a través de videoconferencia. Por tanto, a través de este medio audiovisual se va a poder apreciar las marcas o señales distintivas de los sujetos que comparecen en la rueda, incluso se puede ampliar con el zoom de la cámara algún elemento de la persona que está visionando para

⁸¹⁴ BDA JUR 2004\164903.

aseverar o descartar que posea esa señal física que el testigo apreció el día de la comisión del delito.

Con todo, no es pacífico el empleo de este medio técnico para la práctica del reconocimiento en rueda, así por ejemplo, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en Sentencia núm. 49/2009, de 4 diciembre⁸¹⁵, critica esta forma de practicar la citada diligencia por cuanto “la definición del sistema de videoconferencia no es siempre perfecta, lo que puede dificultar la identificación, y sobre todo el tribunal desconoce cuál es la calidad de la visión que tiene la testigo que declara desde Valencia. Por ello, sin dudar este Tribunal de que la testigo dijo la verdad en todas sus manifestaciones, las circunstancias del reconocimiento impiden obtener la convicción de que la identificación realizada por la testigo haya sido acertada”.

Nuestro Tribunal Supremo recientemente ha tenido oportunidad de manifestarse sobre este concreto aspecto, validando esta forma de practicar el reconocimiento en rueda dado que en todo caso se respetaron todas las garantías y se llevaron a cabo en presencia del Juez y del letrado que asistía a los detenidos cumpliendo siempre con los requisitos establecidos en el art. 369 LECrim⁸¹⁶.

⁸¹⁵ BDA ARP 2010\562.

⁸¹⁶ ATS núm. 297/2012, de 2 febrero, BDA JUR 2012\93207.

En nuestra opinión, el reconocimiento en rueda por videoconferencia sólo se puede sostener en el hipotético caso de que el testigo o la víctima que deba realizar el mencionado reconocimiento no pudiera desplazarse hasta el lugar en el que se efectúa el mismo (generalmente en los centros penitenciarios), utilizando este sistema electrónico de imagen y sonido como instrumento de auxilio judicial interno o internacional así como medio para evitar una posible victimación secundaria, pero entendemos que nunca se puede practicar virtualmente por motivos de seguridad o peligrosidad en el traslado del supuesto autor del delito.

La regla general es la presencia física, llevando a cabo una identificación del sujeto con absoluta seguridad para el testigo o la víctima en la medida que bajo ningún concepto puede ser vistos por el autor del hecho criminal (art. 369 LECrim). Sin embargo, si bien no va a existir confrontación visual alguna entre el testigo y el detenido o preso preventivo, puede suceder que el estrés, la ansiedad o el miedo que le generan a una víctima o a un testigo puedan influir negativamente en el reconocimiento, llevando a término una errónea identificación del sujeto. Por ello, si alejamos del centro penitenciario a la víctima o al testigo que presenten estas características, y lo sentamos en una Sala viendo a los comparecientes de la rueda a través de un monitor, lograremos que esa persona esté más serena y pueda identificar correctamente al

agresor, o sencillamente indicar que no se encuentra entre los sujetos que está visionando. De este modo, un ambiente que permita realizar la labor de identificación de forma correcta, se convierte así en una garantía del imputado en orden a evitar que un sujeto que no ha cometido el delito que se le imputa sea procesado.

En lo referente a la práctica del reconocimiento en rueda de forma virtual por razones de seguridad o peligrosidad, lo cierto es que no tiene mucha razón de ser esgrimirlos para acordar la práctica de esta diligencia por videoconferencia, pues como hemos dicho, se suelen realizar en el centro penitenciario, con lo cual pierden sentido las razones de seguridad y peligrosidad. A pesar de que se considere válido legalmente el reconocimiento a través de comunicación bidireccional de imagen y sonido en tiempo real⁸¹⁷, no creemos que pueda ubicarse dentro del art. 325 LECrim, por razones de seguridad y de orden público, así como cuando concurren condiciones perjudiciales o graves para los testigos.

⁸¹⁷ Vid. SAP de Sevilla núm. 106/2005, Sección 4ª, de 1 de marzo (BDA JUR 2005\139260): "...un año después en diligencia de reconocimiento en rueda practicada en el Juzgado de Instrucción... en el que observó la imagen del acusado mediante videoconferencia desde los Juzgados de la localidad de su residencia actual. En estas condiciones, el Tribunal no encuentra ningún motivo para poner en entredicho ni la validez ni el acierto de tal identificación. Antes bien al contrario, la identificación efectuada por la testigo nos parece que resulta en este caso altamente fiable, de acuerdo con las reglas de la sana crítica que la psicología del testimonio recomienda para la valoración de esta prueba...La diligencia judicial de reconocimiento en rueda se llevó a cabo con todas las garantías exigidas por los artículos 369 y 520.2 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal..."

Únicamente por razones de utilidad, esto es, cuando el testigo no pudiera comparecer en el lugar en el que se va a practicar la diligencia por enfermedad o por residir de un lugar alejado al centro penitenciario, se podría acordar la práctica del reconocimiento en rueda por videoconferencia con base en el art. 325 LECrim.

No obstante, es de reseñar que, aunque en la práctica diaria se emplea el sistema de videoconferencia para la realización de los reconocimientos en rueda, en el TACPP no se refleja la posibilidad de llevar a cabo esta diligencia a través de mecanismos audiovisuales (arts. 244 y ss. TACPP). Ello confirma lo que venimos reiterando a lo largo de este estudio, y es que este “borrador” de Código Procesal Penal no sólo no aborda la tan ansiada modernización de la justicia sino que además tampoco regula un procedimiento penal acorde a la realidad del siglo XXI.

B) Empleo de la videoconferencia en el auxilio judicial interno e internacional

El incremento de la delincuencia organizada de carácter transnacional, la paulatina supresión de fronteras en Europa, el aumento del nivel de vida que conducen al incremento del turismo para conocer otros países y el fenómeno de la globalización el cual ha implicado el aumento de movimientos migratorios, sobretodo de

países pobres a desarrollados, provocan el hecho de que muchas personas viajen y se trasladen frecuentemente de un país a otro.

De esta manera, y cada vez más, en el ámbito de un proceso penal, es preciso reclamar el auxilio de las autoridades judiciales extranjeras, bien para recibir declaración a un imputado o testigo residente en un Estado diferente en el que se está siguiendo el procedimiento penal, bien para solicitar o coordinar la actividad investigadora de los agentes policiales de otros países, o finalmente para rogar cualquier otro tipo de auxilio judicial.

En atención a la posibilidad de solicitar la asistencia judicial de otro país para la realización de determinadas actividades, existen una serie de mecanismos que regulan el auxilio judicial internacional en materia penal.

Básicamente, en el marco comunitario nos encontramos con el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Internacional en Materia Penal de 2000⁸¹⁸ y la reciente 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 –pendiente de ser transpuesta-.

⁸¹⁸ Sobre los mecanismos y modalidades existentes de asistencia judicial en materia penal en el ámbito de la Unión Europea, resulta interesante consultar la Instrucción FGE 3/2001, de 28 de junio (TOL 118383).

En el concreto ámbito de la penal internacional, tenemos la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional 18/2003, de 10 de diciembre, además del propio Estatuto de la Corte, amén de todos los convenios bilaterales firmados por España sobre este aspecto.

Precisamente por esta nueva realidad social, es por lo que se han de adoptar nuevos medios encaminados a mejorar y simplificar los trámites en materia de cooperación judicial internacional en materia penal. De este modo, ante la constatación de este fenómeno, tal y como hemos visto en la introducción de este trabajo, en el Convenio Europeo de Asistencia Judicial Internacional del año 2000 y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en las declaraciones de testigos y peritos, se ha previsto la posibilidad de utilizar el mecanismo de la videoconferencia (arts. 8 a 10 y 68.2 respectivamente)⁸¹⁹.

Así, por ejemplo, en virtud del art. 21.4 Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre⁸²⁰, de Cooperación con la Corte Penal

⁸¹⁹ También en recientes Convenios bilaterales, se ha introducido la figura de la videoconferencia para facilitar la cooperación judicial internacional, este es el caso del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Mexicanos hecho en Las Palmas de Gran Canaria el 29 de septiembre de 2006 (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2007), cuyo art. 18 prevé la audiencia por videoconferencia y el Convenio de Cooperación Jurídica y Asistencia Judicial en materia penal entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 22 de mayo de 2006 (BOE núm. 30, de 4 de febrero de 2008), que permite la declaración por videoconferencia cuando las partes así lo acuerden (art. 17).

⁸²⁰ BOE núm. 296, de 13 de diciembre de 2001.

Internacional cuando hubieren de comparecer ante la Corte agentes o funcionarios españoles en calidad de perito o testigo, el Ministerio de Justicia, en coordinación, en su caso, con otros Ministerios o Administraciones de que dependan, debe solicitar a la Corte la protección de estos sujetos, y por aplicación del art. 68.2 del Estatuto de Roma, esos testigos o peritos, podrían declarar a distancia, precisamente en aras de velar por su integridad personal.

Este movimiento de ciudadanos de unas zonas a otras, bien por motivos laborales, bien por razones turísticas, no se circunscribe únicamente al ámbito internacional, sino también al interno. El desplazamiento que hubo de muchas familias, desde las zonas rurales españolas a las industriales durante los años 40 a 70 básicamente, hacen que muchas personas sigan teniendo familiares en los pueblos de los que son originarios, y por este motivo acudan habitualmente a los mismos en periodo de vacaciones, todo ello añadiendo que nuestra renta *per capita* ha crecido, situándose el Estado español como la octava potencia del mundo, y ello provoca que los ciudadanos españoles viajemos más por nuestro país, en unos casos, para conocer nuevas regiones (haciendo un turismo rural) y en otros buscando la tranquilidad de las playas. Esto puede conducir a que todos estos sujetos puedan ser testigos de la comisión de un hecho delictivo en el lugar en el que estén disfrutando de su tiempo libre, lejos de su domicilio, y por tanto, deban prestar declaración en un proceso penal. Para estos casos,

deberemos acudir a la figura del auxilio judicial interno (regulado en los arts. 273 a 275 LOPJ y 183 a 192 LECrim), mostrándose la videoconferencia un medio útil y eficaz para evitar incómodos desplazamientos y posibles suspensiones del juicio oral.

En definitiva, la viabilidad legal y constitucional de este tipo de declaraciones ha quedado clara a través del capítulo dedicado a la prueba testifical. De todas formas, como hemos indicado, siempre es más conveniente la presencia física a la virtual. Pero en estos casos, la comparecencia física se realizaría ante un juez que no está conociendo la causa, a saber el titular del Juzgado exhortado, por lo que será preferible la inmediatez virtual del Juez instructor o sentenciador que no visionar absolutamente nada en la declaración del testigo que declara por medio del auxilio judicial.

De igual forma, como sucede en la práctica de diligencia de reconocimiento en rueda, son muchos los órganos jurisdiccionales los que están acudiendo a la vía de la videoconferencia para realizar actos de auxilio judicial, como por ejemplo, la declaración de un testigo que resida en una provincia distinta a la que se halla la sede judicial y sin embargo, en la TACPP no se recoge tampoco un mención expresa a la posibilidad de llevar a cabo este auxilio a través de medios audiovisuales bidireccionales –alejamiento de la modernidad y de la realidad-, pues por no recogerse ni se regula la propia figura del auxilio judicial haciendo una remisión a la normativa contenida en la LOPJ y en la LEC (art. 116 TACPP).

II. PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN DE LA VIDEOCONFERENCIA

Vistos los supuestos en los que nuestra legislación procesal penal, permite el empleo de la videoconferencia, a continuación vamos a explicar cuál es el procedimiento a seguir para poder acordar la práctica de una diligencia de investigación o un acto de prueba por medio de este mecanismo audiovisual.

1. INICIATIVA Y TIPO DE RESOLUCIÓN

Atendiendo a la regulación que hemos examinado del uso de la videoconferencia del proceso penal, observamos como existe una vertiente horizontal (entre órganos jurisdiccionales) y una relación vertical (entre Administración de justicia y ciudadanos) en su empleo, estando así en condiciones de afirmar que la utilización de comunicación bidireccional de la imagen y el sonido en las actuaciones procesales penales podrá ser acordada de oficio por el juez, cuando entienda que así sea conveniente por razones de seguridad o de protección de derechos, o a solicitud de las partes, cuando alguna de ellas quiera intervenir en el proceso por este medio audiovisual (por ejemplo, por razones de vulnerabilidad psicológica, por temor a declarar, o por hallarse el deponente en lugar alejado a la sede judicial, v. gr. en este supuesto, el turista que

presenció un hecho criminal en el lugar donde pasaba sus vacaciones y prefiere prestar testimonio desde su domicilio ubicado en otra provincia española o en el extranjero).

En lo referente a la posibilidad de practicar una audiencia previa a la adopción de la utilización de este medio técnico, consideramos que no parece obligatoria la necesidad de que las partes deban mostrar su opinión favorable o desfavorable sobre la pertinencia del empleo del recurso tecnológico audiovisual en los casos de protección de los derechos de las víctimas, en los supuestos de declaración de menores, en las personas alejadas físicamente de la sede judicial y que han sido citadas para comparecer ante el mismo o en la declaración de peritos de Institutos o laboratorios especializados⁸²¹.

Sin embargo, sí creemos que resulta imprescindible la necesidad de ser oído el acusado, cuando se acuerde su participación a distancia por videoconferencia, presenciando el acto de juicio oral de forma virtual, desde el centro penitenciario, entendiendo que de lo contrario se quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva por indefensión⁸²².

⁸²¹ DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”..., cit., p. 1283.

⁸²² “...el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, implica, entre otras cosas, la necesidad de ser oído, o de poder ser oído, en todos aquellos procesos cuyo fallo haya de afectar en cualquier sentido, a los derechos o intereses en conflicto...”, SAP de Salamanca núm. 139/2005, Sección 1ª, de 25 de octubre (BDA JUR 2006\1849). El art.

Capítulo III.- Utilización práctica de la videoconferencia en el proceso penal

Los actos procesales se deben llevar a cabo en la sede del órgano jurisdiccional (art. 268.1 LOPJ) y en presencia de las partes y en audiencia pública (art. 229.2 LOPJ), es por ello por lo que la decisión de la comparecencia virtual de alguno de los sujetos que intervienen en el proceso va a ser imperiosamente por resolución motivada en la que se muestren las razones “que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes, en los casos en que puedan verse afectados”, de igual forma “la exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de videoconferencia constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de acometer la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales”⁸²³.

14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977), establece la necesidad de que el acusado sea oído en el proceso penal, y sobre este aspecto en concreto, el Tribunal Constitucional manifiesta que si esta garantía no se cumple, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva por haberse producido indefensión [SSTC núm. 211/1989, de 19 de diciembre (BDA RTC 1989\211) y núm. 52/1991, de 11 de marzo (BDA RTC 1991\52)].

⁸²³ Instrucción FGE núm. 3/2002, de 1 marzo (BDA JUR 2002\121016).

2. EL PAPEL FUNDAMENTAL DEL SECRETARIO JUDICIAL EN LA
APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA VIDEOCONFERENCIA.

En junio de 2005, el Ministerio de Justicia aprobó el proyecto de la estructura organizativa de la nueva Oficina Judicial, estando al frente de la misma el Secretario Judicial, centrándose el juez a partir de este momento en la resolución de litigios y en la emisión de sentencias, suponiendo la implantación de esta nueva Oficina Judicial el cumplimiento de una reforma acordada y plasmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003⁸²⁴. La implantación de la nueva Oficina Judicial supondrá un cambio en el procedimiento tradicional de trabajo en la Administración de Justicia, introduciendo una distribución más racional de las funciones de todos los agentes, que permitirá al ciudadano acceder de forma más sencilla y rápida a este servicio. Fundamentalmente, se producirá una reestructuración de los medios que rodean al juez (personales, materiales y tecnológicos) con el fin de agilizar y modernizar la

⁸²⁴ Se trata de la LO 19/2003, de 23 de diciembre (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), por la que se reforma la LOPJ, para modernizar la Administración de justicia, un ejemplo de esta innovación es la modificación del art. 454.5 LOPJ, en virtud del cual a partir de esta reforma corresponde al Secretario: “promover el empleo de los medios técnicos, audiovisuales e informáticos de documentación con que cuente la unidad donde presten servicios”.

Justicia, y para ello se implantarán los llamados servicios comunes procesales⁸²⁵.

Con la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial efectuada por la LO 19/2003, se diseña un nuevo modelo de oficina judicial que rompe con el anterior, anclado en el siglo XIX. Este modelo se basa en la división entre lo jurisdiccional, lo procedimental y lo administrativo, y se articula en torno a tres elementos esenciales, como son la constitución de los servicios comunes procesales de ordenación del procedimiento, la nueva conformación de la figura del Secretario Judicial y la incorporación de las nuevas tecnologías. Este trabajo aborda especialmente la figura del Secretario Judicial en este nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada, deteniéndose en el análisis de su función fideizante en la realización de actuaciones judiciales por el sistema de videoconferencia así como en las comunicaciones telemáticas en la nueva Administración de justicia, en las que habrá que tener muy en cuenta los garantías y derechos de las partes. Asimismo se hacen las oportunas referencias a las dos líneas de trabajo existentes en España para alcanzar el objetivo de la denominada Justicia en red: el sistema Lexnet, que ha de permitir la comunicación telemática entre los operadores jurídicos, el

⁸²⁵ Nota de prensa del Ministerio de Justicia, en la que se comunica la aprobación de la nueva estructura organizativa de la Oficina Judicial, disponible en : <http://www.mjusticia.es> (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007).

ciudadano y las oficinas judiciales, y el llamado Punto Neutro Judicial, consistente en una iniciativa del Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Ministerio de Justicia que pretende conseguir una interconexión entre todos los órganos judiciales y Fiscalías, y entre la Administración de Justicia y otras Administraciones.

Uno de estos servicios comunes es precisamente la videoconferencia⁸²⁶, y por LO 13/2003, de 24 de octubre, se adicionó un tercer apartado al art. 229 LOPJ, que deja fuera de toda duda la posibilidad de practicar actuaciones judiciales a través de la misma u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido⁸²⁷, estableciendo el mencionado apartado tercero *in fine* que : “En estos casos, el Secretario Judicial del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la

⁸²⁶ Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, por Resolución de la Dirección General de Justicia de la Generalitat Valenciana, de 7 de febrero de 2002, se creó el Servicio Común de Videoconferencias de los Juzgados de la Comunidad Valenciana. El Servicio Común de Videoconferencias está ubicado en el Decanato de los Juzgados de Valencia y en el de los de Alicante, con equipos instalados en Sala de Vistas, en Biblioteca, en local habilitado para las ruedas de reconocimiento y en los Centros Penitenciarios de Picassent (Valencia) y Fontcalent (Alicante). Este servicio puede ser empleado por Jueces y Magistrados, Secretarios Judiciales, Fiscales y médicos forenses que deban practicar diligencias procesales públicas. Vid. VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y Administración de justicia”..., cit., p. 1780.

⁸²⁷ MARTÍNEZ LLUESMA, J., “Modernización y nuevas tecnologías en los servicios comunes procesales”, disponible en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD69.pdf, (fecha de consulta: 8 de agosto de 2007).

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”.

En consecuencia, en el empleo de la videoconferencia, va a tener una participación clave el Secretario Judicial, pues en su puesta en funcionamiento se necesitará comprobar la identidad del declarante, autenticar su deposición y evidentemente dar fe pública de todo lo que acontece en la declaración por este recurso electrónico.

A) Comprobación de la identidad del declarante y autenticidad en la declaración

Como acabamos de exponer, el art. 229.3 LOPJ obliga al Secretario Judicial a acreditar la identidad de la persona que vaya a deponer virtualmente, realizándose tal identificación por cualesquiera medios procesalmente autorizados. Se podrá hacer con carácter previo al acto, aportando documentos oficiales (Documento Nacional de Identidad, NIE o pasaporte)⁸²⁸, con

⁸²⁸ DE LA MATA AMAYA, J., “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”..., cit., p. 1284. PÉREZ PUERTO, A. “Las funciones del secretario judicial Guía práctica para secretarios judiciales sustitutos de reciente incorporación (especialmente orientada a juzgados de primera instancia e instrucción)”, disponible en:

carácter general, y en el caso de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que declaren en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para la comprobación de su identidad el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que estén adscritos (art. 436 LECrim)⁸²⁹, o durante la propia comunicación por videoconferencia, exhibiendo el documento en directo o enviándolo por fax, así como por reconocimiento de esa persona por el propio Secretario Judicial⁸³⁰.

Igualmente se debe autenticar que la declaración se percibe de forma directa e inmediata por el Juez o Tribunal que toma parte de esta actuación procesal.

B) Fe pública judicial

Profundamente relacionado con las actuaciones judiciales llevadas a cabo por videoconferencia se encuentra la fe pública

http://www.csifjusticiacat.org/SECRETARIOS/guia_pract_funciones_secret.pdf
(fecha de consulta: 28 de septiembre de 2.012), p. 86.

⁸²⁹ En idéntico sentido art. 121 TACPP.

⁸³⁰ Que el Secretario Judicial conozca la identidad de una persona, será una cuestión bastante difícil que se dé, pero no imposible, piénsese sobretodo en los miembros de Institutos y Laboratorios oficiales que a menudo deben intervenir en los procesos emitiendo sus informes periciales. DE LA MATA AMAYA, entiende que el declarante puede quedar identificado porque las partes indiquen que le conocen. No estamos de acuerdo en este extremo, pues para evitar cualquier manipulación en el proceso penal, es necesario que la identificación sea realizada por el Secretario Judicial, ya que tiene atribuida la fe pública judicial, vid. DE LA MATA AMAYA, “La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales”..., cit., p. 1284.

judicial. Como nos apunta GIMENO SENDRA, en el ordenamiento procesal contemporáneo es al juez al que le incumbe la función de ser el Director del proceso y alguna de tales garantías le corresponde en monopolio, pero en un órgano jurisdiccional no existen parcelas o compartimentos estancos, sino sólo división de roles o funciones dentro de un solo órgano jurisdiccional, en los que la intervención del Secretario, se muestra imprescindible para que los ciudadanos puedan disfrutar con plenitud de una tutela judicial efectiva⁸³¹, siendo la fe pública judicial vital para que este derecho fundamental no se vea quebrantado.

La Instrucción FGE núm. 3/2002 nos indica que “la defensa de los derechos fundamentales habrá de extenderse, de modo especial, al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo ésta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate”⁸³². Acorde con lo que indica la citada Instrucción, entendemos que se hace necesario la presencia de fedatario público en todos los lugares enlazados por

⁸³¹ GIMENO SENDRA, V., "Las garantías constitucionales en el proceso y el Secretario Judicial dentro del marco del Consejo de Europa", en *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, p. 256.

⁸³² BDA JUR 2002\121016.

videoconferencia, es decir, tanto en el espacio emisor como en el receptor⁸³³.

No existe un criterio unánime en la doctrina a la hora de determinar si la presencia del Secretario Judicial es inexcusable en cada punto conectado por videoconferencia.

De este modo, CHOCLÁN MONTALVO opina que, en relación con la comprobación de la identidad del declarante y la autenticidad de su declaración, las condiciones que se deben observar deben coincidir con las propias de una petición de auxilio judicial⁸³⁴, a saber, el Secretario Judicial dará fe de que en el lugar se encuentra físicamente el declarante y acredite su identidad y autentifique su declaración, asistiendo también a su deposición.

Por su parte MAGRO SERVET considera que no es necesario que el Secretario Judicial se halle en el lugar en el que se vaya a prestar testimonio, interpretando que cuando el art. 229.3 LOPJ, habla de “cualquier medio procesal idóneo”, lo analiza como el “hecho de que el testigo o perito declaren en otra sede judicial que cuente con videoconferencia y el Secretario Judicial del otro ‘punto virtual’ haya procedido previamente a la identificación y lo haga constar cuando se conecte con ellos para la práctica de prueba”.

⁸³³ En el mismo sentido VELASCO NÚÑEZ entiende que “se puede optar por una intervención dúplice del fedatario público (Secretario Judicial y oficial habilitado) en los puntos emisor y receptor”, VELASCO NÚÑEZ, E., “Videoconferencia y Administración de justicia”..., cit., p. 1779.

⁸³⁴ CHOCLÁN MONTALVO, J. A., “Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal”, en *AJA*, núm. 526, 2002, p. 10.

Pero hace una excepción, en el caso de que se trate de acusados que deben declarar desde el Centro Penitenciario, un Secretario habrá de estar en dicho Centro⁸³⁵.

Otros autores como DE LA MATA AMAYA y GARRIDO CARRILLO mantienen que la presencia del Secretario Judicial u oficial habilitado no es imprescindible en todos los casos. Ambos autores argumentan para llegar a esta conclusión que el Secretario Judicial hallado en la Sala de Vistas, puede dar fe por sí solo de toda actuación judicial, tanto de lo que acontece en la Sala en la que se desarrolla el plenario como en los puntos remotos, puesto que dispone de la información técnica que le proporciona el propio equipo (acerca de cuáles son los números conectados y el estado de mantenimiento de la conexión), de los técnicos de apoyo presentes en ambos puntos, los cuales verificarán el nivel de calidad de la recepción de imágenes y sonido, de las comprobaciones personales que realice tanto sobre la identificación y titularidad de los números y el lugar donde están instalados los equipos a que tales números corresponde, como sobre la identidad de las personas participantes y de su propia percepción visual y auditiva del testimonio⁸³⁶.

⁸³⁵ MAGRO SERVET, V., "La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003, p. 1705.

⁸³⁶ Vid. DE LA MATA AMAYA, J., "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales"... cit., p. 1285 y GARRIDO CARRILLO, F.J., "El Secretario Judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial

A pesar de que estas últimas opiniones tienen una cobertura legal en lo dispuesto por el art. 229.3 *in fine* LOPJ, “*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*”, estamos en profundo desacuerdo tanto con las citadas corrientes doctrinales como con el tenor del precepto acabado de transcribir. Creemos que siempre ha de existir un Secretario Judicial u oficial habilitado en todos los puntos entrelazados por videoconferencia, por las razones que a continuación pasamos a detallar.

La fe pública judicial, aún tratándose de un concepto difuso, como ha señalado algún sector doctrinal, la podemos definir en palabras de ESTEBAN CASTILLO como “la facultad para la autenticidad de lo actuado en el plano jurisdiccional, lo que le proporciona a la vez la imprimación de legalidad desde la cual surte los efectos jurídicos que ha previsto la ley”⁸³⁷. El Secretario Judicial da fe de lo percibido, de lo acontecido ante su persona,

tecnológicamente avanzada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5831, 2003, pp. 94-95.

⁸³⁷ ESTEBAN CASTILLO, E., “La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías”, disponible en: <http://www.madrid.org> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2007).

estamos ante un acto de conocimiento, por el que de otro modo no podría presumirse la certeza de un hecho o de un acto que no haya presenciado o en el que no haya intervenido de forma directa el Secretario. Esa presencia del Secretario para dar fe de lo acaecido en el proceso, “es un elemento connatural a la propia función de fe pública que exige la evidencia en su autor del hecho histórico narrado, esto es, da fe de lo que salta a la vista”⁸³⁸. Para que la fe pública judicial tenga eficacia, debe darse la intermediación del fedatario muy relacionada con la seguridad jurídica y la certeza, junto con la consignación documental de lo que ha sucedido⁸³⁹. La percepción ha de ser directa, dando lugar a una fe pública originaria y no derivativa. Si el Secretario da fe desde la Sala de Vistas de lo sucedido en el punto remoto desde el que se va a realizar la declaración, obviamente no existe intermediación y por consiguiente tampoco hay fe pública directa. Puede comprobar la identidad del declarante, pero no que se está llevando a cabo la testificación con total libertad, piénsese en el caso de que el testigo pueda ser coaccionado por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que declare en un determinado sentido, sin embargo estando presente el Secretario Judicial, se garantiza que los testimonios se presten en libertad y tal y como apuntábamos *ut*

⁸³⁸ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *Las funciones procesales del Secretario Judicial*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 105.

⁸³⁹ ESTEBAN CASTILLO, E., "La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías"... , cit.

supra, se asegura el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la fe pública judicial tiene como última finalidad la seguridad jurídica, y es precisamente este propósito el que da sentido a esta función procesal del Secretario Judicial, que se consigue a través de la certeza de la presunción de veracidad de las actuaciones judiciales⁸⁴⁰.

Por estos motivos, entendemos que debe existir inexcusablemente un Secretario Judicial en cada localización comunicada por videoconferencia.

⁸⁴⁰ RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., *Las funciones procesales del Secretario Judicial...*, cit., p.107.

CONCLUSIONES

1. La aparición y progresiva introducción de las TICs en todos los ámbitos de nuestra sociedad han implicado una considerable metamorfosis en el ejercicio diario de nuestras actividades, pues favorecen la transmisión de una gran cantidad de información en un espacio breve de tiempo, la accesibilidad a múltiples servicios, y la comunicación inmediata entre diferentes sujetos independientemente del lugar en el que se hallen, aun cuando la distancia entre ellos sea muy larga. En vista de los beneficios que reportan las TICs, estas se han implementado en la práctica totalidad, por no decir entera, de las ramas existentes en el ámbito del Derecho, constituyendo la Administración de Justicia uno de los supuestos en los que más tardíamente se han implantado las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Y todo ello pese a la absoluta necesidad de su incorporación, pues en general, las TICs se erigen como un mecanismo hábil y eficaz para contrarrestar el deterioro que sufre la Administración de Justicia, propiciado generalmente por el gran volumen de tramitaciones judiciales existentes, generando como es obvio profundos retrasos. Dentro de este sector de la Administración, la introducción de nuevas tecnologías en el proceso penal ayuda a contrarrestar los indeseables retrasos que se producen en los procedimientos.

En el caso de la videoconferencia hemos comprobado cómo gracias a su inclusión en un procedimiento penal se agilizan los trámites en la fase sumarial, cuando por ejemplo el acusado recluido preventivamente y el perito o testigo, que tengan su residencia en lugar diferente al que se halla la sede judicial, han de prestar declaración ante el juez instructor, evitando de este modo desplazamientos y pérdidas innecesarias de tiempo. También hemos constatado cómo se contribuye con el uso de este recurso electrónico en la fase de plenario a la disminución de las suspensiones de los juicios, tanto por motivos de alejamiento de testigos y peritos, como por criterios victimizadores, al eludirse la confrontación visual entre ofensor y víctima del delito, se propicia que acuda al llamamiento judicial y deponga, pudiendo obtener de este modo una sentencia condenatoria, la cual no dejaría impune el castigo de la comisión de un hecho delictivo, en el supuesto de que la prestación de dicho testimonio fuera la única prueba de cargo existente.

2. Las ventajas que confiere la utilización de la videoconferencia en un proceso penal son indudables, pues el empleo de este medio técnico contribuye a lograr una mejor seguridad, una agilización en la actividad jurisdiccional y un ahorro de costes. Es por ello por lo que su uso es del todo aconsejable en aras a

lograr un mejor acceso a la justicia de los ciudadanos, así como un incremento tanto de calidad como de eficiencia en el transcurso de un proceso penal. Sin embargo, hay que tener presente que la videoconferencia nunca puede reemplazar el contacto personal, y precisamente por este hecho, especialistas en medios audiovisuales pueden crear un clímax con la finalidad de persuadir inductivamente de una forma inconsciente al juzgador a la hora de interpretar a favor o en contra la versión del deponente, según los intereses de estos técnicos. No obstante, no se trata de que apliquemos la videoconferencia a todos los casos, sino que se ha de emplear de una forma selectiva, sólo cuando por razones de orden público y de seguridad lo hagan aconsejable, y aún en estos supuestos, las ventajas que reporta son inconmensurables comparadas con sus inconvenientes, pues estos últimos se pueden atenuar y prever. A modo de ejemplo, en el caso que acabamos de exponer, se evitaría una eventual manipulación con la comprobación de los medios técnicos empleados y con el debido conocimiento y consideración por parte del juez de que pueden existir ciertas maniobras con el fin de que lo visto a través del monitor de televisión pueda sugerirle una percepción diferente de la realidad, provocada por la atmósfera creada por los operadores técnicos.

3. Las ventajas en el empleo de medios audiovisuales son múltiples, así como sus beneficios, destacando entre todos ellos los originados por la participación a distancia en el proceso penal de víctimas especialmente vulnerables, en el momento de prestar testimonio. La posibilidad de esta modalidad de declaración constituye un avance hacia el reconocimiento del papel del ofendido por el delito en el proceso penal, tan reivindicado por los teóricos de la llamada ciencia de la victimología. Esto supone un gran avance en cuanto al reconocimiento de los derechos de las víctimas en un proceso penal, pues hasta el momento éstas estaban completamente olvidadas y no se tomaba en consideración todos los padecimientos y sufrimientos ocasionados por el hecho de volver a recordar todo lo vivido en la comisión del delito, asimismo, en muchos casos, no se adoptaba ninguna medida con el fin de evitar la confrontación visual de la víctima con su agresor, confrontación que podía propiciar un ahondamiento más profundo en los estigmas psicológicos padecidos por el sujeto pasivo del delito. Con el empleo de la videoconferencia se humaniza el proceso, al permitir que la persona ofendida por un hecho criminal pueda declarar tranquilamente sin tener que ver el rostro del autor del mismo. Pero además de constituir un mecanismo hábil para evitar la victimación secundaria se instituye también como un instrumento que afianza aún más la

seguridad de todos aquellos testigos o peritos que han de declarar en un juicio, que por temor a sufrir represalias, y saber que estas con total probabilidad se van a hacer realidad, no acuden al llamamiento judicial, absolviendo en estos casos al acusado, de ser la única prueba de cargo con la que se contaría para fundamentar un fallo condenatorio. En consecuencia, la videoconferencia, aunque parezca paradójico por tratarse de un medio técnico aporta humanidad así como seguridad al proceso, pero debemos indicar que en el supuesto de que por razones de seguridad y peligrosidad se acuerde que el recluso siga a distancia el desarrollo del juicio oral desde el centro penitenciario en el que se halla preso, del cual él es parte pasiva, este sistema estaría vulnerando el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el acusado no es un mero partícipe del proceso, es objeto del mismo, y como tal debe visionar todos los detalles que acontecen en la Sala de Vistas, y esto sólo se puede lograr con la presencia física del inculcado en la misma.

4. Precisamente en conexión con la conclusión acabada de exponer, el tema de la videoconferencia se concentra en un debate que lleva tiempo calando en la sociedad: la dicotomía entre la seguridad y los derechos fundamentales. Si una sociedad desea gozar de una mayor seguridad ciudadana

deberá renunciar a parte de sus garantías constitucionales, en cambio si pretende que esa sociedad se base en un Estado que cumpla y respete mucho mejor los derechos individuales, se verá disminuida la seguridad personal de los ciudadanos. Si admitimos la participación a distancia en un proceso penal de un sujeto que podríamos calificar como peligroso para la población, ganaremos en seguridad, pero perderemos parte de lo que tanto ha costado conquistar en Europa, los derechos y libertades que actualmente estamos disfrutando, y que a raíz del atentado *yihadista* del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, cada vez más se van reduciendo, en las sociedades civilmente más avanzadas.

5. En lo que concierne a la celebración de una diligencia de investigación o acto de prueba por medio de videoconferencia, debemos resaltar que se han de adoptar una serie de medidas en aras a garantizar un correcto funcionamiento de este medio técnico y un adecuado empleo acorde con el respeto de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. Para evitar posibles suspensiones de juicios por eventuales deficiencias técnicas, el material empleado debe estar en óptimas condiciones, y para ello se hace imprescindible un mantenimiento correcto de las instalaciones. Por otro lado, con el objetivo de no tergiversar las imágenes que van a ser

visionadas en una pantalla de televisión por el instructor o el juzgador, se han de supervisar todos los elementos técnicos y materiales utilizados en la Sala desde la que se va a declarar o continuar el juicio por videoconferencia, con la finalidad de evitar posibles manipulaciones. Por último, indicar, que precisamente para que no se produzcan maniobras encaminadas a alterar la percepción de la imagen del deponente, acreditar que se ha efectuado la debida comprobación de que todo funciona correctamente y evitar una posible coacción, principalmente por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, orientada al testigo o acusado, para que preste su declaración en un determinado sentido, es imprescindible e inapelable que se halle un Secretario Judicial en dicho lugar, con el fin de autenticar y dar fe pública judicial de que todo lo actuado en la Sala en la que se depone por videoconferencia, se está efectuando con todas las garantías técnicas y que la declaración del testigo, perito o acusado, se está llevando a cabo con absoluta libertad. Por tanto pese a lo dispuesto por el art. 229.3 LOPJ, que prevé la figura de un solo Secretario Judicial en el caso de declaración por medios audiovisuales, ubicado en la sede en la que se desarrolla el acto de juicio oral, entendemos que han de coexistir dos Secretarios Judiciales, uno en la Sala de Vistas y otro en el lugar en el que se efectúa el testimonio a distancia, con la finalidad

fundamental de preservar la seguridad jurídica así como controlar que todas las garantías constitucionales se respetan en el proceso penal, de lo contrario consideramos que se estaría produciendo una vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías y por extensión un quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva.

6. Si bien es cierto que precisamente se han de adoptar una serie de garantías en la utilización de la videoconferencia tal y como hemos concluido, justamente con el empleo de este recurso de la imagen y el sonido bidireccional, se puede poner punto y final a otras prácticas judiciales menos garantistas como son los testigos de referencia y la técnica del biombo, que tienen como finalidad evitar la confrontación visual entre la víctima y su agresor.
7. Entre los sujetos y operadores jurídicos que pueden intervenir por videoconferencia en el proceso penal, debemos destacar la figura del Fiscal. De esta forma, en lo referente a su participación a distancia en las diligencias sumariales, en el supuesto de que finalmente el nuevo Código de Proceso Penal atribuya la función de instrucción al Ministerio Fiscal, se deberá modificar la posibilidad de intervención virtual del acusador público pues éste deberá estar presente físicamente inexorablemente en todas las actividades instructoras que deba

practicar. Lo contrario implicaría una vulneración del derecho que todo ciudadano posee a un proceso con todas las garantías.

8. En lo concerniente a las diligencias y actos de prueba factibles de realizarse por videoconferencia, creemos que no existe ningún obstáculo constitucional en las declaraciones de testigos y peritos a distancia, pero sí opinamos que en el fondo el empleo de la videoconferencia trastoca el concepto tradicional de inmediación. Este medio técnico no confiere al Juez la misma posición que le otorga la valoración y control de las actividades procesales que se realizan físicamente ante él, pero tampoco podemos afirmar que no exista apreciación por parte del Juez de lo dicho por los deponentes ni observar las gesticulaciones, tonos y vacilaciones (en definitiva la comunicación no verbal), simplemente que esa valoración se ve más limitada cuando el órgano judicial ve al deponente a través de una pantalla y no *in personam*. Por tanto, entendemos que existen dos tipos de inmediación: una en sentido estricto, cuando los declarantes se hallan en la sede del órgano judicial en presencia del Juez o Tribunal y otra virtual, cuando prestan sus declaraciones a distancia y son observados por el órgano judicial a través de videoconferencia.
9. Como acabamos de indicar *supra*, la práctica de diligencias sumariales y probatorias de testigos y peritos, por razones de

victimación, de protección y de residencia, a través de videoconferencia, es viable tanto legal como constitucionalmente. No obstante, en la práctica de la prueba de reconocimiento en rueda, salvo por razones de residencia o porque se practique en un local habilitado al efecto diferente al centro penitenciario, no siempre va a ser viable legalmente, pues sólo lo sería si se dieran los presupuestos de seguridad y estigmatización de la víctima para acordar el reconocimiento por videoconferencia. Sin embargo, esto generalmente no sucede, ya que en primer lugar, la gran mayoría de reconocimientos se realizan en los centros penitenciarios, y en segundo lugar, su práctica se efectúa desde un punto en el que ni la víctima, ni los testigos pueden ser vistos por el sospechoso. En lo que respecta a la declaración de los acusados a través de este medio de comunicación, es factible en la fase sumarial, no quebrantando ningún derecho fundamental, pero no en la fase de juicio oral. A pesar de que en este último caso esa declaración y seguimiento a distancia tiene cobertura legal, es completamente contrario al derecho de defensa y al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en nuestro art. 24 CE, quedando por tanto no amparada constitucionalmente su práctica.

10. En relación con lo dicho al final de la anterior conclusión, debería regularse legalmente los supuestos concretos en los que el acusado es considerado peligroso y por tanto esa situación de peligrosidad aconseje la participación a distancia del mismo, de igual manera, también debería normarse la obligatoriedad de establecer una comunicación directa, personal y confidencial entre el Letrado que se halla en la Sala de Audiencia y su defendido, sito en el centro penitenciario. En este orden de cosas, la intervención y seguimiento del juicio virtualmente por el acusado, sería viable tanto legal como constitucionalmente. Otra cuestión sería la facilidad con la que se podría intervenir la conexión auditiva entre abogado y preso preventivo, motivo por el cual, aún siendo constitucionalmente legítimo, nos seguiríamos oponiendo a este modo de participación. Sólo en el caso de que el acusado esté asistido en prisión por un abogado y en el lugar de celebración del juicio esté siendo defendido por otro Letrado, estaríamos a favor de la participación y seguimiento virtual del juicio por el acusado en base a razones de peligrosidad y seguridad.

11. En relación con lo expuesto supra, hay que señalar que la propia ley no autoriza un uso generalizado de la videoconferencia. Sólo se puede emplear por los motivos tasados apuntados en este trabajo. Resulta evidente que si no

hubiera una fricción entre los principios y garantías procesales fundamentales, se autorizaría para cualquier diligencia de investigación o medio de prueba, y a lo largo de este estudio ha quedado patente que tal limitación sí que se produce, pero ello no quiere decir que haya de posicionarse en contra de su empleo, pues estas limitaciones se pueden contrarrestar óptimamente con la adopción de las medidas adecuadas.

12. Por último, se debe reseñar una frustración de la autora que suscribe este estudio, por cuanto el deseado avance que se debería haber conseguido en la Administración de Justicia adaptándola a los nuevos tiempos no ha tenido lugar, más bien al contrario, también ha entrado en recesión como la economía global. Durante el período de tiempo en el que se ha llevado a término este trabajo, los profesionales que habitualmente acudimos a los Juzgados hemos podido comprobar atónitos que en lugar de invertir en nuevas tecnologías y dotar a los Juzgados de mejores infraestructuras, se ha llevado a cabo la acción contraria, a saber, eliminar los escasos medios que tenía la Administración de Justicia para funcionar con un mínimo de decencia, sencillamente para ahorrar costes y cumplir el deseado objeto de reducción del déficit público para salir de la crisis a costa del servicio a la ciudadanía. Situación que en absoluto compartimos, puesto que, estas reducciones en el

gasto a la Administración de Justicia, lejos de abaratar su servicio, al contrario, incrementarán su coste. Sin embargo, al contrario si invertimos ahora, estamos invirtiendo en una Administración de Justicia más económica y eficiente. Sin que invertir sea sinónimo de aplicar una tasa judicial injusta que agrava aún más si cabe la delicada situación de la Justicia en este país. Se incrementan los impuestos, las tasas, se veda el acceso de los ciudadanos a la impartición de Justicia, y ¿qué se recibe a cambio?, de momento un texto sobre Código de Proceso Penal que en nada innova respecto de la vigente LECrim al tiempo de realización de este estudio; es más, diríamos que hasta incluso implica un involución, al atribuir facultades de dirección del proceso penal a una de las partes del mismo, esto es, a la acusación. En dicho proyecto de Código de Proceso Penal no se formulan propuestas innovadoras, no se implementan las nuevas tecnologías, en definitiva, no se regula un procedimiento acorde al siglo XXI. En conclusión toda esta situación provoca un gran frustración personal y profesional a los operadores jurídicos que actuamos día a día defendiendo los intereses de los ciudadanos en los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA. VV., *La reforma del proceso penal: II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- AA. VV. “Modernización de la Justicia”, *Debates sobre la modernización de la justicia*, 1.998, disponible en: <http://www.fund-encuentro.org/fundacion/actividades/pdf/JusticiaModerniza.pdf> (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2007).
- AA. VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti : commento alla Legge 7 gennaio 1998, n.11 (c.d. legge sulla videoconferenza)* (dirs. DELLA MONICA, G., DALIA, A. A.), vol. 3, ed. Giuffrè, Milano, 1998.
- AA. VV., *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata* (coord. ZAPPALÀ, E.), ed. Giuffrè, Milán, 1999.
- AA. VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. ESTEBAN VELASCO, G.), ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- AA. VV., *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios* (dir. MORENO CATENA, V.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- AA. VV., *El sistema español de justicia juvenil* (coord. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M.), ed. Dykinson, Madrid, 2002.

- AA. VV. "Atti degli incontri di studio a carattere internazionale realizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura nel quadriennio 1998-2002", *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, disponible en: http://www.csm.it/quaderni/quad_N-sp/n-sp.pdf (fecha de consulta: 12 de septiembre de 2.011).
- AA. VV., "Using Techonology to Resolve Business Disputes", en *Special Supplment-International Court of Arbitration Bulletin*, 2004, p .5.
- AA. VV., *Derechos procesales fundamentales* (coords. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., LÓPEZ LÓPEZ, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2005.
- AA. VV., *Guía práctica del menor y de la violencia de género* (coord. MAGRO SERVET, V.), ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2005.
- AA. VV., *La nueva Ley contra la violencia de género* (coords. BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E.), ed. Iustel, Madrid, 2005.
- AA. VV., *Las reformas procesales* (dir. CHOCLÁN MONTALVO, A.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2005.
- AA. VV., *Verso uno statuto del testimone nel processo penale: atti del Convegno, Pisa-Lucca, 28-30 novembre 2003*, ed. Giuffrè, Milán, 2005.
- AA. VV., *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (coords. CANCIO MELIÁ, M., GÓMEZ-JARA DÍEZ, V.), vol. 1 y 2, ed. B de F, Montevideo, 2006.

- AA. VV., *El Federalismo judicial :aproximación a los sistemas judiciales de Estados Unidos, Suiza, Canadá y Alemania*, ed. Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2006.
- AA. VV., *Hacia un nuevo proceso penal* (dir. CARMONA RUANO, M.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2006.
- AA. VV., *Manual de victimología* (coords. BACA BALDOMERO, E., ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., TAMARIT SUMALLA, J.M.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- AA. VV., *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción* (dir. GIMENO SENDRA, V.), ed. Iustel, Madrid, 2006.
- AA. VV., *La Nueva Regulación de la Oficina Judicial*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- AA. VV., *Los recursos de casación y apelación en el orden penal* (dirs. FABIÀ MIR, P., BENITO LÓPEZ, A.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2006.
- AA. VV., *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal* (dirs. FERRER GARCÍA, A. M.; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.
- AA.VV., *Nuevos retos de la Justicia Penal* (dtores. y coords. ASENCIO MELLADO, J.M., FUENTES SORIANO, O.), ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2.008.
- AA. VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género : aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (dir. DE HOYOS SANCHO, M.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2009.

- AA.VV., *Comentarios a la ley de arbitraje: (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (coord. BARONA VILAR, S.), ed. Civitas, Madrid, 2011.
- AA.VV., *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar* (dtor. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., coords. SANZ HERMIDA A.M., ORTIZ PRADILLO, J.C.) ed. Colex, Madrid, 2.011.
- AA.VV., *Introducción al Derecho Procesal* (dtor. y coord. ORTELLS RAMOS, M.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- AA.VV., *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación en la Administración de Justicia: análisis sistemático de la Ley 18/2011, de 5 de julio* (coords. GAMERO CASADO, E., VALERO TORRIJOS, J.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- AA.VV., *Proceso penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio* (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- AA.VV., *Arbitraje y mediación en materia de consumo* (coord. GONZÁLEZ PILLADO, E.), ed. Tecnos, Madrid, 2012.
- AA.VV., *Nuevas tecnologías, protección de datos personales y proceso penal* (coord.. GUTIÉRREZ ZARZA, A.), ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012
- AA.VV., *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica* (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AA.VV., *Derecho penal: parte general* (coords. ROMEO CASABONA, C., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A.), ed. Comares, Granada, 2013.

AA.VV., *Medidas de prevención de la reincidencia en la Violencia de Género* (dtor. ROIG TORRES, M.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

AARNIO, A., *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica* (trad. GARZÓN VALDÉS, E., ZIMMERLING, R.), vol. 21, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ABELLÁN TOLOSA, L., "El nuevo proyecto de arbitraje virtual para consumidores de la Comunidad Valenciana", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 10, 2006, pp. 65-81.

ALCAIDE GONZÁLEZ, J.M., *Guía práctica de la prueba penal: jurisprudencia de la prueba ilícita o prohibida y conexión de antijuricidad, formularios*, ed. Dijusa, Madrid, 2005.

ALEMAÑ CANO, J., *La prueba de testigos en el proceso penal*, ed. Publicaciones de la Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig (Alicante), 2002.

ALEO, S., *Sistema penale e criminalità organizzata*, ed. Giuffrè editore, Milán, 2005.

ALESSANDRONI, F., "Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa", en *Cassazione penale*, núm. 10, 1997, disponible en Base de Datos Juris Data: <http://www.iuritalia.com> (fecha de consulta: 3 de octubre de 2007).

ALONSO BELZA, M., "La protección de peritos y testigos en causas judiciales", en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 13, 1999, pp. 113-116.

ALONSO QUECUTY, M.L., "Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual", disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=829> (fecha de consulta: 15 de febrero de 2007).

ALLISON DEFOOR II, J., "Special Topic: Telecommunications in the Court Room", en *University of Miami Law Review*, 38, núm. 4, July 1998, pp. 589-675, disponible en Base de Datos Hein on line: <http://heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de abril de 2008).

AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMITTEE ON CORPORATE LAWS, *Model business corporation act : official text with official comment and statutory cross-references*, ed. American Bar Association, Section of Business Law, Chicago IL, 1998.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 46, 2003, pp. 57-66.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P., "Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?", en *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, pp. 63-71.

ARANGÜENA FANEGO, C., "El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales: comentario a la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010", en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 24, 2011, .

- ARAS, V., "O tele-interrogatorio no Brasil", disponible en: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/Tele-interrogatorio_no_Brasil.asp (fecha de consulta: 29 de septiembre de 2007).
- ARDITA, S., "La nuova legge sui collaboratori e sui testimoni di giustizia", en *Cassazione penale*, núm. 5, 2001, pp. 1698-1715.
- ARIAS POU, M., *Manual práctico de comercio electrónico*, ed. La Ley, Madrid, 2006.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., "La imputación y el derecho de defensa del imputado en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos", en , ed. Tirant lo Blanch, 2005, pp. 47-66.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F.J., *Procedimientos penitenciarios*, ed. Comares, Albolote (Granada), 2009.
- ARNAIZ SERRANO, A., "La experiencia española en el uso de la videoconferencia en el proceso penal", disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/amaya%20arniaz.pdf (fecha de consulta: 17 de marzo de 2009).
- ARNAIZ SERRANO, A., "Videoconferencia y audición telefónica de testigos", en *La prueba en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia Penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 125-158.
- ASENCIO MELLADO, J.M., "Disposiciones generales sobre la prueba en la LEC", en *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000* (coord. GÓMEZ COLOMER, J.L.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 199-215.

- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Doble instancia y principio de inmediación”, en *Actualidad Penal*, núm. 12, 2002, pp. 277-298.
- BAGGALEY, J.P., DUCK, S.W., *Análisis del mensaje televisivo*, ed. Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 1979.
- BAIGORRI JALON, J., *Interpreters at the United Nations: A history.*, ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- BARRAL VIÑALS, I., “La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR”, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, núm. 11, 2010, pp. 1 a 12.
- BARALLAT LÓPEZ, J., “La instrucción judicial del procedimiento”, en *Los juicios rápidos. Análisis de la nueva Ley sobre procedimiento abreviado, juicios rápidos y juicios de faltas*, ed. Colex, Madrid, 2002, pp. 243-260.
- BARATTA, A., SILBERNAGL, M., “La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale”, en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 3, 1983, pp. 541-580.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BARONA VILAR, S., *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.009.

- BARONA VILAR, S., *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BARRERA HERNÁNDEZ, N., “La reforma de la prisión provisional. Luces y sombras”, en *Diario La Ley*, núm. 6325, 23 de septiembre de 2005, pp. 1-5.
- BAUMANN, J., *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales: introducción sobre la base de casos*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, ed. Alianza, Salamanca, 2006.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (trad. NAVARRO, J., JIMÉNEZ, D., BORRÁS, R.), ed. Paidós, Barcelona, 1986.
- BELTRÁN MONTOLIU, A., *Los tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: organización, proceso y prueba*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, ed. Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2002.
- BERISTAIN, A., *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana: (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- BETTIOL, G., *Instituciones de derecho penal y procesal: curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas* (trad. GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, F.), ed. Bosch, Barcelona, 1977.

- BIELSA, R.A., BRENNAN, R.G., *Reforma de la justicia y nuevas tecnologías*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.
- BOBBIO, N., *Teoría general del derecho* (trad. ROZO ACUÑA, E.), ed. Debate, Madrid, 1993.
- BOHLANDER, M., *Principles of German Criminal Procedure*, ed. Hart Publishing, Portland, 2012.
- BOLEA BARDÓN, C., "En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 9, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf> (fecha de consulta: 31 de diciembre de 2007).
- BORDIERI, M., "La garanzia del diritto dell'imputato alla partecipazione all'udienza anche mediante videoconferenza", en *Cassazione penale*, vol. XLIII, 2003, octubre, pp. 3131-3140.
- BORGOÑO TORREALBA, J.L., "Arbitraje comercial internacional online", en *Anuario de derecho internacional*, núm. 23, 2007, pp. 247-278.
- BORTONE, G.N., "Semimputabilità e sistema del doppio binario", en *L'indice penale*, núm. 2, 1998, pp. 423-440.
- BOULOC, B., "Loi du 15 novembre sur la securité quotidienne", en *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm. 3, 2003, pp. 591-594.
- BOWEN POULIN, A., "Criminal Justice and Videoconferencing Technology: The Remote Defendant", en *Tulane Law Review*, núm. 78, 2004, pp. 1089-1167, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://www.heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de agosto de 2007).

BUENO DE MATA, F., Prueba electrónica y proceso civil 2.0, *ed. Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014.

BUENO DE SITJAR DE TOGORES, S., "Propuesta de modificación legislativa a fin de posibilitar, al Ministerio Fiscal y Letrados de las partes, la asistencia a actuaciones judiciales mediante conferencia o videoconferencia", en *La modernización de la justicia en España: XXVIII Jornadas de Estudio*, 4, 5 y 6 de septiembre de 2001; *El ámbito del sector público: XXIV Jornadas de Estudio*, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 359-362.

BUJOSA VADELL, L.M., "Prueba de testigos y cooperación judicial internacional en materia penal", en *Diario La ley*, núm. 5627, 7 de octubre de 2002, pp. 1-8.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.M., "El derecho a la defensa y asistencia letrada: El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", en *Cuadernos de derecho público*, núm. 10, 2000, pp. 113-132.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 74.

CALAMANDREI, P., *Proceso y democracia: conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México* (trad. FIX ZAMUDIO, H.), ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, ed. Comares, Granada, 1996.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La Segunda Instancia Penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CALLE FERNÁNDEZ, S., "Consideraciones sobre la victimización secundaria en la atención social a las víctimas de la violencia de género", en *Portularia: Revista de Trabajo Social*, núm. 4, 2004, pp. 61-66.

CAPPELETTI, M., *Giustizia e società*, ed. Edizioni di Comunità, Milano, 1977.

CAPPELETTI, M., "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement", en *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, pp. 282-296.

CARMONA RUANO, M., "Formas específicas de asistencia judicial (II). La adaptación a las llamadas nuevas tecnologías", en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional* (dir. GALGO PECO, Á.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2004, pp. 189-233.

CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil y Penal* (trad. SENTIS MELENDI, S.), vol. I, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil y Penal* (trad. SENTIS MELENDI, S.), vol. II, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, F., *La prueba civil* (trad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.), ed. Depalma, Buenos Aires, 1982.

CASO, G., "El sistema procesal penal italiano (ventajas y dificultades)", en *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, núm. 12, 2003, disponible en Base de Datos Dialnet: <http://biblioteca.unisabana.edu.com/revistas/index.php/dikaion>

/article/viewFile/532/654 (fecha de consulta: 27 de agosto de 2007).

CASSEL, D., "Sistema procesal penal de Estados Unidos", disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1655/10.pdf> (fecha de consulta: 6 de octubre de 2007).

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Procedimiento Español de Emisión y Ejecución de una Orden Europea de Detención y Entrega*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CERVANTES BRAVO, I.G., "El arbitraje como origen del proceso y su evolución histórica hasta la etapa de codificación del derecho procesal español", en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, vol. 18, núm. 2, 2006, pp. 295-317.

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

CLAIBORNE KOSKI, J., "The defenestration of corroborating evidence", en *University of Miami Law Review*, vol. 46, septiembre de 1991, pp. 205-234.

CLIMENT DURÁN, C., "El recurso de apelación penal, la doble instancia y el principio de inmediación", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 16, 2005, pp. 131-151.

CLINTON TERRY, W., SURETTE, R., "Media technology and the Courts: The case of closed circuit video arraignment in Miami, Florida", en *Criminal Justice Review*, núm. 11, 1986, pp. 31-36, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://heinonline.org> (fecha de consulta: 22 de septiembre de 2007).

COBO DEL ROSAL, M., QUINTANAR DÍEZ, M., ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, C., *Derecho Procesal Penal español*, ed. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2006.

CONSO G., ILLUMINATI, G., *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, ed. CEDAM, Padúa, 2013.

CORDERO, F., *Procedura Penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2012.

CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002.

CORTÉS, P., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, ed. Routledge, Nueva York, 2011.

CORTÉS, P., "Online Dispute Resolution for Consumers", en *Online Dispute Resolution: theory and practice*, ed. Eleven International Publishing, Portland, 2012.

CREMADES GARCÍA, V., ALACID BAÑO, L.M., "Lexnet: el reto de las Nuevas Tecnologías en la administración de justicia", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, núm. 2, disponible en: <http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/F58EB39B-4782-41DD-90FF-D4508AA6A65A.html> (fecha de consulta: 21 de marzo de 2008).

CREMADES SANZ-PASTOR, J.A., *El arbitraje de derecho privado en España*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CUENCA GARCÍA, M.J., "Videoconferencia y garantías del derecho de defensa: la necesaria y adecuada presencia del acusado en la sala de juicio, como regla general", en *Derecho*

y *proceso penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 167-174.

CURTOTTI NAPI, D., "L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, núm. 2, 1999, pp. 487-537.

CURTOTTI NAPI, D., *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2006.

CHACÓN MEDINA, A., "La videoconferencia: conceptualización, elementos y uso educativo", disponible en: <http://www.teleformacion.edu/documentos/vc.pdf> (fecha de consulta: 27 de octubre de 2007).

CHIAVARIO, M., *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*, ed. UTET giuridica, Turín, 2006.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "Sobre la prestación de testimonios a distancia y su cobertura legal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 526, 2002, pp. 1, 8-10.

CHOZAS ALONSO, J.M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2001.

CHOZAS ALONSO, J.M., "Art. 42: Aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Jurado* (coord. DE LA OLIVA SANTOS, A.), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 450-453.

D'ANGELO, N., *La procedura penale :Giurisprudenza, percorsi di lettura, schemi operativi*, vol. 1, ed. Maggioli, Santarcangelo di Romagna Rimini, 2005.

- DANIELLE, M., "Lacune nella disciplina sulla testimonianza assistita", en *Cassazione penale*, núm. 2, 2005, pp. 713-721.
- DAUNÍS RODRÍGUEZ, A., "Seguridad, Derechos humanos y garantías penales: ¿objetivos comunes o aspiraciones contrapuestas?", en *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública* (coords. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., SANZ MULAS, N.), ed. Comares, Granada, 2005, pp. 213-241.
- DAVID, R., JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, ed. Dalloz, Paris, 1988.
- DE HOYOS SANCHO, M., "Actos procesales de notificación y nuevas tecnologías", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, pp. 1562-1570.
- DE JORGE MESAS, L.F., "La incorporación de las nuevas tecnologías informáticas y de telecomunicaciones al proceso penal (...más sobre las nuevas tecnologías)", en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia* (dir. VELASCO NÚÑEZ, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho judicial., Madrid, 2007, pp. 355-413.
- DE LA MATA AMAYA, JOSÉ, "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales", en *Actualidad Penal*, núm. 47-48, pp. 1267-1284.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal penal*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal: introducción*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

- DE ROSA TORNER, F., "La modernización tecnológica de la Administración de Justicia y el cuerpo de secretarios judiciales", disponible en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD68.pdf (fecha de consulta: 8 de agosto de 2007).
- DE URBANO CASTRILLO, E., "El principio de contradicción, en el proceso penal", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2002, pp. 1710-1716, .
- DE URBANO CASTRILLO, E., "La prueba pericial videográfica", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 4, 2004, pp. 5-18.
- DE URBANO CASTRILLO, E., "Las nuevas exigencias de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad", en *Revista Poder Judicial*, núm. 19, 2006, pp. 151-176.
- DE URBANO CASTRILLO, E., *La valoración de la prueba electrónica*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE URBANO CASTRILLO, E., DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La Responsabilidad Penal de los Menores. Adaptada a la LO 8/2006 de 4 de diciembre*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DE URBANO CASTRILLO, E., MAGRO SERVET, V., *La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- DEL MORAL GARCÍA, A., SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, ed. Comares, Granada, 1996.

DEL ROSAL BLASCO, B., "¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 11, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/> (fecha de consulta: 31 de julio de 2009).

DELGADO GARCÍA, A.M., OLIVER CUELLO, R., *Las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia*, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2007.

DELGADO GARCÍA, A.M., OLIVER, R., "Iniciativas de la e-justicia en España", en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 4, pp. 22-30, disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/monografico.pdf> (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2007).

DELGADO MARTÍN, J., "La orden europea de detención y entrega", en *Diario La ley*, núm. 6205, 8 de marzo de 2005, pp. 1-10.

DELGADO MARTÍN, J., "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 2, 2004, pp. 39-49.

DELGADO MARTÍN, J., "Publicidad y secreto de las actuaciones. Grabación de las diligencias", en AA. VV., *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial* (dir. PORRES ORTIZ DE URBINA, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, pp. 101-117.

D'HAUTEVILLE, A., "Les droits des victimes", en *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, núm. 1, 2001, pp. 107-116.

DÍAZ, G., MUR, F., SANCRISTÓBAL, E., CASTRO, M., PEIRE, J., *Seguridad en las comunicaciones y en la información*, ed. UNED, Madrid, 2004.

DICKIE, J., *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana* (trad. RAMOS, F.), ed. Debolsillo, Barcelona, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (fecha de consulta: 24 de julio de 2009).

DORADO PICÓN, A., "Modernización tecnológica de la Administración de Justicia y el Cuerpo Superior Jurídico de Secretarios Judiciales", disponible en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD68.pdf (fecha de consulta: 8 de agosto de 2007).

DORADO PICÓN, A., "El Secretario Judicial y la Oficina Judicial tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Revista de derecho procesal*, núm. 1-3, 2004, pp. 213-246.

DUNN, P.H., "How judges overrule: speech act theory and the doctrine of stare decisis", en *Yale Law Journal*, vol. 113, 2003, pp. 493-531.

EISNER, I., *La intermediación en el proceso*, ed. Depalma, Buenos Aires, 1963.

ENCINAR DEL POZO, M. Á., "La utilización de la videoconferencia en el proceso penal. Especial referencia a las declaraciones de menores de edad", en *Revista Poder Judicial*, núm. 77, 2005, pp. 223-241.

ESCOBAR STEMMANN, J.J., "La nueva Al Qaeda", en *Política exterior*, 21, núm. 119, 2007, pp. 63-77, disponible en Base de Datos DIALNET:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=2348854>.

ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J.L., PALAO MORENO, G., *Derecho internacional privado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

ESTEBAN CASTILLO, E., "La fe pública judicial ante las nuevas tecnologías", disponible en: <http://www.madrid.org> (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2007).

FÁBREGA RUIZ, C.F., "Problemática de la declaración testifical de los menores en los procesos penales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 2013-2024.

FALCONE, G., PADOVANI, M., *Cosas de la Cosa Nostra* (trad. IZQUIERDO, M.), ed. Ediciones Barataria, Barcelona, 2006.

FANTONI, C. , *Il minore sessualmente abusato: vicende processuali e trattamento terapeutico*, tesi di laurea en Psicología, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Firenze, disponible en:
<http://www.psychomedia.it/pmthesis/fantoni/indice.htm>, (14 de julio de 2007).

FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, ed. CEDAM, Padova, 1992.

FELIU REY, J., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, TERESA, "La proyectada reforma del derecho de sociedades en el Reino Unido: Companies Bill", en *Derecho de los negocios*, vol. 17, núm. 194, 2006, pp. 25-34.

FERM L. KLETTER, J.D., "Constitutional and statutory validity of judicial videoconferencing", en *American Law Reports*, núm. 115, 2004, disponible en Base de Datos Westlaw International: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007).

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., VICENT CHULIÁ, F., "Internet y Derecho de sociedades. Una primera aproximación", en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 237, Julio-Septiembre, 2000, pp. 915-1002.

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, J. M., "La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal", en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pp. 113-140.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J.I., *La firma electrónica*, ed. Diaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., PORTILLA CONTRERA, G., BARCELONA LLOP, J., *Seguridad ciudadana*, ed. Trotta, Madrid, 1993.

FERRAJOLI, L., "Emergenza penale e crisi della giurisdizione", en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, vol. 2, 1984, pp. 271-292.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón* (trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN MOHINO, J.C., TERRADILLOS BASOCO, J., CANTARERO BANDRÉS, R.), ed. Trotta, Madrid, 1998.

FERREIRO BAAMONDE, X., *La víctima en el proceso penal*, ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 2005.

FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, ed. Zanichelli, Bologna, 1995.

FLORES PARAREDA, N., "Envío de escritos y documentos judiciales por vía electrónica y celebración de juicios a través de videoconferencia", en *Boletín de Legislación El Derecho*, núm. 373, 4 de abril de 2005, disponible en Base de Datos El Derecho: <http://online.elderecho.com> (fecha de consulta: 27 de julio de 2007).

FRIGNANI, A., *Il diritto del commercio internazionale : manuale teorico-pratico per la redazione dei contratti*, vol. 15, ed. Ipsoa Informatica, Milano, 1986.

FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J. J., "La litigiosidad en los tribunales de justicia: perspectiva sociológica", en *La sociedad litigiosa* (dir. GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, 2008, pp. 121-150.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.J., "Garantías fundamentales del proceso justo: la publicidad", en *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, vol. 4, núm. 1, 1992, pp. 55-76.

GARDERES, S., "El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la 'videoconferencia'", en *XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal en homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya, 16 a 18 de octubre de 2002*, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 741-759.

- GARLAND, D., *Punishment and modern society: a study in social theory*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1995.
- GAROFOLI, V., *Istituzioni di diritto processuale penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2006.
- GARRIDO CARRILLO, F.J., "El secretario judicial, clave en el nuevo modelo de oficina judicial tecnológicamente avanzada", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5831, 2003, pp. 1-5.
- GENSON, R., "Les accords d'extradition et d'entraide judiciaire signés le 25 juin 2003 à Washington entre l'Union Européenne et les États-Unis d'Amérique: développements dans la coopération judiciaire transatlantique", en *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 470, 2003, pp. 427-432.
- GETTI, J., LESCURE, K., "Historique du fonctionnement du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie", en *Revue internationale de Droit pénal: bulletin de l'Association Internationale de Droit pénal*, vol. 67, 1996, pp. 233.
- GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., "Estado actual de la utilización de la videoconferencia en la Administración de justicia", en *Diario La Ley*, núm. 5831, 24 de julio de 2003, pp. 1-5.
- GIMENO JUBERO, M.A., "Menores maltratados: derechos de la víctima y garantías del proceso", en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 12, 1998, pp. 171-210.
- GIMENO SENDRA, V., "Las garantías constitucionales en el proceso y el secretario judicial dentro del marco del Consejo de Europa", en *Poder Judicial*, núm. 38, 1995, pp. 253-259, .

GIMENO SENDRA, V., "La intermediación en la 2.^a Instancia y las Sentencias arbitrarias de la primera", en *Diario La Ley*, núm. 6876, 2008, disponible en: <http://www.diariolaley.es> (fecha de consulta 13 de octubre de 2.009).

GIMENO SENDRA, V., *Manual de derecho procesal penal*, ed. Colex, Madrid, 2013.

GIMENO SENDRA, V., LÓPEZ COIG, J.C., "De las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia", en *Los nuevos juicios rápidos y de faltas*, ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 2004, pp. 101-181.

GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho procesal penal*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2013.

GLOVER, H., "La videoconferencia en juzgados y tribunales, primeras experiencias", en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, núm. 5, 2002, pp. 20-22.

GOLDSMICHDT, J., *Principios generales del Proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, ed. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.

GÓMEZ ARROYO, J.L., ABRISQUETA COSTA, P., ESCUDERO MORATALLA, J.F., "Informática y secretario judicial", en *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 83, 2004, pp. 30-37.

- GÓMEZ COLOMER , J. L., *Violencia de género y proceso*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., "Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista del poder judicial*, núm. 19, 2006, pp. 25-77.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., "El Derecho de Defensa y el perjudicado", en *La reforma del proceso penal*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1989, pp. 419-427.
- GÓMEZ LOECHES, L., "La publicidad de las actuaciones judiciales: Teoría y práctica del derecho de acceso", en *Boletín de la ANABAD*, vol. 49, núm. 3, 1999, pp. 359-370.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., "Entre el derecho de defensa y el derecho a la información: viejas y nuevas cuestiones sobre la publicidad de las actuaciones del proceso penal", en *Revista Poder Judicial*, núm. 80, 2005, pp. 55-105.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., "La videoconferencia como instrumento para la agilización de la justicia penal: nota sobre el modelo español", en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano* (dirs. ROBLES GARZÓN, J.A., ORTELLS RAMOS, M.), Tomo I, ed. Centro de Estudios de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006, pp. 647-661.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.M., "Publicidad de las actuaciones y derecho a la información en el proceso penal español", en *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, núm. 8, 2006, pp. 215-246.

GONZÁLEZ NAVARRO, A., "Reflexiones en torno a la publicidad mediata en el proceso penal español", en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2001, pp. 367-382.

GONZÁLEZ PASTOR, C.P., "Sobre la no validez del sistema de videoconferencia en el denominado juicio del motín de Fontcalent", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 23, 2006, pp. 99-106.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, ed. Colex, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales", en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, ed. Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, pp. 69-83.

GOODMAN, A.C., "Two Critical Evidentiary Issues in Child Sexual Abuse Cases: Closed-Circuit Testimony by Child Victims and Exceptions to the Hearsay Rule", en *American Criminal Law Review*, vol. 32, 1994-1995, pp. 855-882, disponible en Base de Datos Hein on Line: <http://heinonline.org> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2007).

GRACIA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GRILLI, C., "Sulla partecipazione dell'imputato detenuto fuori distretto al procedimento d'appello in camera di consiglio", en *Cassazione penale*, núm. 3, 2004, pp. 890-894.

GRIMA LIZANDRA, V., "El derecho de defensa y el derecho a la asistencia letrada en las detenciones policiales", en *Revista*

jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana, núm. 13, 2005, pp. 25-47.

GUASP, J., *Derecho procesal civil*, ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GUERRA MARTÍN, G., *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidense: su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., *Medidas judiciales de protección de las víctimas de violencia de género: especial referencia a la orden de protección*, ed. Bosch, Barcelona, 2010.

GUZMÁN FLUJA, V.C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad: bases para un teoría de la imputación en derecho penal* (trad. DÍAZ PITA, M. M., MUÑOZ CONDE, F.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HENDLER, E.S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos de América*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1996.

HENDLER, E.S., "La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido", en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 393-404.

HERRERA ABIÁN, R., *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*, ed. Comares, Granada, 2006.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., "Nuevas tecnologías y Ministerio Fiscal", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 4, 2003, pp. 433-444.

HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., *La reforma del Ministerio Fiscal*, ed. Colex, Madrid, 2003.

HURTADO YELO, J.J., "¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 76, 2010, p. 4.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., "El nombre de la "inmediación" en vano", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2003, pp. 1726-1735.

ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., *La víctima: aspectos sustantivos y procesales*, Universidad de Alicante, 2003, disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com> (fecha de consulta: 23 de septiembre 2007).

ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, ed. Civitas, Madrid, 1995.

JAÉN VALLEJO, M., "Los principios de la prueba en el proceso penal español", disponible en: <http://www.defensoriapenal.cl> (fecha de consulta: 6 de julio de 2007).

JAKOBS, G., CANCIÓ MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor Navarra, 2006.

JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Administración de justicia y nuevas tecnologías: líneas de evolución de un proceso abierto", en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, pp. 63-80.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno*, ed. Reus, Madrid, 1920.

JIMENO BULNES, M., "Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial europea", en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y las nuevas tecnologías* (coords. MURILLO VILLAR, A., BELLO PAREDES, S.), ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pp. 434-465.

JIMENO BULNES, M., "El derecho a la interpretación y traducción gratuitas", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2007, pp. 1607-1623.

KLIP, A., "Witnesses before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", en *Révue internationale de Droit pénal: bulletin de l'Association Internationale de Droit pénal*, vol. 67, 1996, pp. 267-295.

KNAPP, B., *Précis de droit administratif*, ed. Helbing-Lichtenhahn Verlag, Basel, 1982.

LAFAVE, W.R., ISRAEL, J.H., *Criminal procedure*, ed. West Publishing, Saint Paul MN, 1986.

LAMARCA PÉREZ, C., "El marco legislativo español y las víctimas", disponible en: <http://www.istitutiodevictimologia.com> (fecha de consulta: 26 de septiembre de 2007).

LANDONI ROSA, A., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso Jurisdiccional con especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales", en *XVIII Jornadas*

Iberoamericanas de Derecho Procesal y XI Jornadas uruguayas de Derecho Procesal en homenaje a la Escuela Procesalista Uruguaya, 16 a 18 de octubre de 2002, ed. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 677-708.

LARGO GIL, R., "La adopción de acuerdos sociales a través de Internet", en *Internet y Derecho*, ed. Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, 2001, pp. 271-294.

LARRAURI, L., "Populismo punitivo... y cómo resistirlo", en *Jueces para la democracia*, núm. 55, 2006, pp. 15-22.

LASKER, E., "Possible Procedural safeguards against mistaken identification by eyewitnesses", en *UCLA Law Review*, vol. 2, 1954-1955, pp. 552-557.

LEDERER, F.I., "The potential use of courtroom technology in major terrorism cases", en *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 12, núm. 3, 2004, pp. 887-938.

LEDERER, F.I., "The Courtroom 21 Project: creating the Courtroom of the twenty-first century", en *American Bar Association Judges' Journal*, vol. 43, núm. 1, Invierno 2004, pp. 39-43.

LEDERER, F.I., "Courtroom technology for trial lawyers, the future is now", en *Criminal Justice*, verano 2004, pp. 14-21, disponible en Base de Datos Westlaw international: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 23 de septiembre de 2007).

LEGARRE, S., RIVERA, J.C., "Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*", en *Revista chilena de derecho*, vol. 33, núm. 1, 2006, pp. 109-124.

- LONDOÑO, N.R., "La obligatoriedad de los principios en el *Common Law* de los EEUU", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 106, 2007, pp. 55-68.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El moderno derecho penal para una sociedad de riesgo", en *Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pp. 289-321.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de derecho procesal penal*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *La cláusula de confrontación en el proceso penal*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- LÓPEZ RUIZ, F., "Sistema jurídico y criterios de producción normativa", en *Revista española de derecho constitucional*, vol. 14, núm. 40, 1994, pp. 163-170.
- LÓPEZ YAGÜES, V., *El derecho a la asistencia y defensa letrada: su ejercicio en situaciones de privación de libertad*, ed. Universidad de Alicante, 2002.
- LORCA NAVARRETE, A.M., "La aplicación del modelo adversarial de proceso penal al ordenamiento jurídico español", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2003, pp. 1932-1941.
- LORCA NAVARRETE, A.M., "El uso de la videoconferencia en el arbitraje", en *Diario La ley*, núm. 5839, 2003, pp. 1-3.
- LORCA NAVARRETE, A.M., "La inmediata comunicación del acusado en el juicio oral con su abogado", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 689, 2005, pp. 1-8.

LORCA NAVARRETE, A.M., "Algunas propuestas para una necesaria reforma de la ley de enjuiciamiento criminal", en *Diario La Ley*, núm. 6057, 8 de julio de 2004, .

LOURIDO RICO, A.M., *La asistencia judicial penal en la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LUQUE ORDÓÑEZ, J., *Videoconferencia: tecnología, sistemas y aplicaciones*, ed. Creaciones Copyright, S.L., Las Rozas (Madrid), 2008.

LLOPIS GINER, J.M., "El orden público: modulo general delimitativo de licitud", en *Estudios en homenaje a la Profesora Teresa Puente* (coord. PRATS ALBENTOSA, L.), 1, , ed. Universitat de València, Departament de Dret Civil, Valencia, 1996, pp. 283-300.

LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, Á., "Sobre el estado actual de las nuevas tecnologías en el proceso penal y algunas propuestas de reforma", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 554, 2002, pp. 1, 5-7.

MADALENA SOLIMANO, S., "Uruguay: Las Nuevas Tecnologías Aplicadas al Proceso Jurisdiccional y en Particular la Prueba Digital en el Derecho Uruguayo Vigente", en *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 102, disponible en: <http://www.alfa-redi.org> (fecha de consulta: 23 de octubre de 2007).

MAGRO SERVET, V., "Nuevas tecnologías. El uso de la webcam para la práctica de la prueba de partes, peritos y testigos ante los órganos judiciales", en *Diario La ley*, núm. 6132, 22 de noviembre de 2004, pp. 1-6.

MAGRO SERVET, V., "La comunicación entre abogados y procuradores con los órganos judiciales por medio de la

implantación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación", en *Diario La ley*, núm. 5966, 2 de marzo de 2004, pp. 1-5.

MAGRO SERVET, V., "Necesidad de la práctica de la prueba preconstituida con menores de edad en el Juzgado de instrucción en los delitos contra la libertad sexual", en *Diario La Ley*, núm. 6972, 20 de junio de 2008, pp. 1-5.

MAGRO SERVET, V., "La validez en juicio de las declaraciones de los testigos y víctimas en la instrucción de los juicios rápidos", en *Diario La Ley*, núm. 5651, 2002, 8 de noviembre de 2002, pp. 1-4.

MAGRO SERVET, V., "La viabilidad legal del uso de la videoconferencia para la celebración de los juicios penales", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 519, 2002, pp. 1-4.

MAGRO SERVET, V., "La videoconferencia en el juicio oral", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 554, 2002, p. 3.

MAGRO SERVET, V., *Guía práctica de problemas y soluciones planteados ante el Tribunal del Jurado*, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2003.

MAGRO SERVET, V., "La nueva regulación legal del uso de la videoconferencia en los juicios penales", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2003, pp. 1698-1706.

MAGRO SERVET, V., "Experiencias de un juicio celebrado por videoconferencia", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 4, 2004, pp. 97-110.

MAGRO SERVET, V., "La grabación en los juicios penales", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 17, 2005, pp. 86-94.

MAGRO SERVET, V., "La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (art. 416 LECRIM). ¿Es necesaria una reforma legal?", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pp. 1697-1708.

MAGRO SERVET, V., "La victimación secundaria de los menores en el proceso penal", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 3, 2005, pp. 1942-1952.

MAGRO SERVET, V., *Guía de problemas prácticos y soluciones del juicio oral*, ed. La Ley, Móstoles (Madrid), 2006.

MAGRO SERVET, V., "La grabación de las vistas orales y la corolaria modificación del recurso de apelación en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985 del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 27, 2006, pp. 91-99.

MAGRO SERVET, V., "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, STS 5 de enero de 2007 y 27 de febrero 2007, entre otras", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 52, 2008, disponible en: <http://diariolaley.laley.es>.

MAGRO SERVET, V., "Hacia la preceptividad de la declaración de los agentes policiales que deben declarar en un juicio oral

por videoconferencia", en *Diario La Ley*, núm. 7187, 2009, disponible en: <http://diariolaley.laley.es>.

MAGRO SERVET, V., "La grabación de los juicios penales en la reforma de la LECrim. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, la actuación del Secretario Judicial en los juicios penales y el principio de inmediación en materia de recursos : análisis de la redacción del art. 743 LECrim., incluido en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que afecta a materia procesal penal en cuanto a la grabación de los juicios y las posibilidades de afectación de esta reforma en la segunda instancia penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 67, 2010, p. 6.

MAGRO SERVET, V., "Régimen legal de los testigos protegidos en el proceso penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 75, 2010, p. 2.

MALVÁEZ CONTRERAS, J., *Derecho Procesal Penal*, ed. Porrúa, México, 2003.

MARINELLI, C., "Crimine organizzato: doppio binario cautelare e diritto premiale", en *Cassazione penale*, sez. VI, núm. 238, 14 de enero de 2001, disponible en Base de Datos Juris Data: <http://www.iuritalia.com> (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2007).

MARINO, G.C., *Historia de la mafia. Un poder en las sombras* (trad. GENTILE VITALE, J. C.), ed. Ediciones B, Barcelona, 2002.

MARTÍN PASTOR, J., *El Ministerio fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, ed. Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

MARTÍN RÍOS, P., *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, ed. Atelier, Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ LLUESMA, J., "Modernización y nuevas tecnologías en los servicios comunes procesales", disponible en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD69.pdf (fecha de consulta: 8 de agosto de 2007).

MARTÍNEZ SANZ, F., "Del Consejo de Administración", en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas* (coords. ARROYO MARTÍNEZ, I., EMBID IRUJO, J.M.), ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 1447-1487.

MARTÍNEZ SERRANO, A., "Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000", en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales* (dir. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a Rosario), ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, pp. 17-39.

MEDRANO I MOLINA, J.M., "La práctica de la prueba por soportes informáticos y audiovisuales en el proceso penal", en *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 61, disponible en: <http://www.alfa-redi.com> (fecha de consulta: 14 de agosto de 2007).

MEDRANO I MOLINA, J.M., "La videoconferencia en el proceso penal italiano", en *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICS)*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 333-345.

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

- MERCHÁN ALVAREZ, A., *El arbitraje: estudio histórico jurídico*, vol. 43, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- MERINO MERCHÁN, J.F., "El pacto de arbitraje telemático", en *Régimen jurídico de internet* (coords. CREMADES, J., FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., ILLESCAS, R.), ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 529-545.
- MESTRE DELGADO, E., "Un derecho penal más tecnológico", en *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 4, 2004, pp. 3-4.
- MOCCIA, S., *La perenne emergenza*, ed. Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997.
- MOLINA CABALLERO, M.J., "Estatuto de la víctima en el proceso penal en la UE. De la Decisión Marco 2001/220 a la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos", en AA.VV., *Nueve estudios para potenciar la cooperación jurisdiccional Iberoamericana* (coord. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- MONTERO AROCA, J., *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*, ed. Comares, Granada, 1996.
- MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, ed. Tiant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, ed. Civitas, Madrid, 2012.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional II*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MONTERO CRUZ, E.L., *La legitimidad del Derecho Penal del enemigo*, ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2011.

MONTESINOS GARCÍA, A., "Arbitraje *on line* en la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIX, 2004, pp. 243-254.

MONTESINOS GARCÍA, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MONTESINOS GARCÍA, A., "La intervención del perito judicial por medio de videoconferencia", en *Revista de la contratación electrónica*, núm. 98, 2008, pp. 3-34.

MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

MONTÓN REDONDO, A., "El proceso penal español. Principios que lo rigen", en *La protección de testigos y peritos en causas criminales* (dir. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), Málaga, 2001, pp. 53-66.

- MORENO CATENA, V., *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- MORENO HERNÁNDEZ, M., "Política criminal y dogmática de las víctimas", en *Temas actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 351-374.
- MORENO VERDEJO, J., "La conformidad en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido", en <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL71.pdf> (fecha de consulta: 9 de noviembre de 2007).
- MORINEAU, M., *Una introducción al Common law*, ed. Universidad Nacional de México, México, 2004.
- MUÑOZ CUESTA, J., "Celebración del juicio oral sin la presencia física de los acusados, declarando por videoconferencia. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 16 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6586)", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2005, pp. 21675-21677.
- MUÑOZ CUESTA, J., "El principio de inmediación, la valoración nacional de la prueba y el recurso de casación", en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 7, 2007, pp. 251-253.
- MUÑOZ PAREDES, J.M., *Nuevas tecnologías en el funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

MUSSACHIO, V., "Instrumentos de lucha la terrorismo en Derecho Penal Europeo", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 31 de marzo de 2005, pp. 1-4, 6-7.

NIEVA FENOLL, J., "La instrucción y el enjuiciamiento de delitos causados por la violencia de género", en *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1-2, 2006, pp. 77-155.

NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

NOBILI, M., «Cosa si puo' rispondere all'invettiva di robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del re: "voi invocate le forme perche' non avete principi" ?», disponible en: <http://www.camerapenalediroma.org/robespie.htm> (fecha de consulta: 24 de julio de 2009).

OLARIETA ALBERDI, J.M., "La crisis del derecho de defensa", en *Jueces para la democracia*, núm. 14, 1991, pp. 75-81.

OLSON, C.L., "Accusations from abroad: testimony of unavailable witnesses via live two-way videoconferencing does not violate the confrontation clause of the Sixth Amendmen", en *U.C. Davis Law Review*, vol. 41, Abril 2008, pp. 1671-1703.

ORTIZ PRADILLO, J.C., "El uso de la videoconferencia en el proceso penal español", en *Revista Brasileira de ciências criminais*, núm. 67, 2007, pp. 164-211.

ORTIZ PRADILLO, J.C., "Juicio oral y videoconferencia: incidencia en el derecho de defensa del acusado", en *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* (coords. DE LA OLIVA SANTOS, A., AGUILERA MORALES, M., CUBILLO LÓPEZ, I.), ed. Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2008, pp. 117-130.

- PALOMINO MARTÍN, J.M., *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías. Hacia un sistema informático para la aplicación del Derecho Penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PALOMO DEL ARCO, A., "Derecho a la asistencia de intérprete y derecho a la traducción de documentos en el proceso penal: Primera aproximación a su contenido en el ordenamiento español", en *Garantías procesales en los procesos penales en la Unión Europea = Procedural safeguards in criminal proceedings throughout the European Union*, ed. Lex Nova, 2007, pp. 185-211.
- PARDO IRANZO, V., "El derecho a la interpretación y traducción gratuitas", en *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, ed. Thomson Reuters, 2009, pp. 361-391.
- PARRA GARCÍA, J.L., "Régimen de publicidad y secreto en el proceso penal", en *Estudios jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, núm. 2, 2000, pp. 415-460.
- PARRELLA, F., "Rassegna di diritto societario (1993-1996): Amministratori'", en *Rivista delle Società*, núm. 4, 1999, pp. 895.
- PAZMIÑO, F., "Videoconferencia", disponible en: <http://66.102.9.104/search?q=cache:KonhRpawhYwJ:www.monografias.com/trabajos/videoconferencia/videoconferencia.shtml+videoconferencia&hl=es&ct=clnk&cd=10&gl=es&client=firefox-a> (fecha de consulta: 4 de julio de 2007).
- PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, ed. Colex, Madrid, 2000.

PEDRAZ PENALVA, E., "Notas sobre publicidad y proceso", en *Poder Judicial*, núm. 11, 1990, pp. 115-130.

PEDRAZ PENALVA, E., "La nueva Secretaría Judicial", en *Poder Judicial*, núm. 26, 1992, pp. 85-108.

PEDRAZ PENALVA, E., "Reflexiones sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos", en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 1, 2003, pp. 13-90.

PENROD, S., CUTLER BRIAN, "Eyewitness expert testimony and jury desionmarking", en *Law and Contemporany Problems*, vol. 52, 1989, pp. 43-83.

PÉREZ CEPEDA, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, ed. Iustel, Madrid, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, C., "Sociedad de riesgos y reforma penal", en *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996, pp. 61-84.

PÉREZ DEL VALLE, C., "Sobre los orígenes del 'Derecho penal de enemigo'. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", en *Cuadernos de política criminal*, núm. 71, 2001, pp. 597-613.

PÉREZ GIL, J., "El convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados Miembros de la Unión Europea: ¿un instrumento anclado en coordenadas superadas", en *Diario La ley*, núm. 6208, 11 de marzo de 2005, pp. 1-9.

PÉREZ GIL, J., "Normas procesales y sociedad de la información, entre el tecno-optimismo y los tecnoperjuicios", disponible en: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_A06.pdf (fecha de consulta: 7 de julio de 2007).

PÉREZ MARTELL, R., "La declaración del menor en el proceso penal ¿cabe el uso de la videoconferencia?", disponible en: http://www.acaip.info/docu/menores/declaracion_menor.pdf (fecha de consulta: 10 de julio de 2007).

PÉREZ PUERTO, A., "*Las funciones del secretario judicial Guía práctica para secretarios judiciales sustitutos de reciente incorporación (especialmente orientada a juzgados de primera instancia e instrucción)*", disponible en: http://www.csifjusticiacat.org/SECRETARIOS/guia_pract_funciones_secret.pdf (fecha de consulta: 28 de septiembre de 2012).

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J., "Videoconferencia y proceso penal", en *Diario de Jurisprudencia el Derecho*, núm. 2182 y núm. 2183, disponible en Base de Datos El Derecho: <http://online.elderecho.com> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2005).

PIZZIALI, G., "Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza", en *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi* (coord. DI CHIARA, G.), ed. G. Giappichelli, Turín, 2003, pp. 73-88.

QUINTANAR DÍEZ, M., "En torno a los principios de inmediación, contradicción y presunción de inocencia en el proceso penal español", en *Cuadernos de política criminal*, núm. 74, 2001, pp. 391-418.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, vol. I, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1955.

QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Parte General del Derecho Penal*, ed. Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2010.

REDONDO HERMIDA, A., "El principio de «igualdad de armas» en el recurso de casación penal", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 49, 2008, disponible en Base de datos La Ley: <http://www.laley.es>.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L., "Nuevas Tecnologías y Administración de justicia", en *Administraciones tributarias: nuevas tecnologías y colaboración y asistencia mutua* (coords. ALARCÓN GARCÍA, G., RUBIO GUERRERO, J.J.), ed. Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2004, pp. 198-205.

RESTA, E., "Il diritto penale premiale: "Nuove" strategie di controllo sociale", en *Dei delitti e delle pene: rivista di studi sociale, storici e giuridici sulla questione criminale*, núm. 1, 1983, pp. 41-69.

REYES ALVARADO, Y., «"Arrepentidos" y "testigos secretos": remembranzas de la Santa Inquisición», en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 375-390.

RICCI, G.F., *Principi di diritto processuale generale*, ed. G. Giappichelli, Turín, 2001.

RIGHI, E., "Dogmática y política criminal de la víctima", en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 325-340.

RÍOS MARTÍN, J.C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse de la cárcel*, ed. Colex, Madrid, 2011.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, ed. Dykinson, Madrid, 2007.
- RIVES SEVA, A.P., *La prueba de testigos en la jurisprudencia penal*, ed. Edijus, Madrid, 2003.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "Ejercicio a distancia de los Derechos de Socio y de Minoría en el marco de la crisis de la Junta General", en AA.VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España* (dir. ESTEBAN VELASCO, G., coord. FUENTES NAHARRO, M., NAVARRO LÉRIDA, M.S.), ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navara), 2.011.
- ROCA AYMAR, J.L., "El arbitraje en las Cámaras de Comercio: nuevas tendencias y campos de actuación", en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVII, 2002, pp. 305-312.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N., RIVERO ORTEGA, R., "Jueces sin rostro: una crítica desde las garantías del derecho colombiano", en *Revista Poder Judicial*, núm. 59, 2000, pp. 13-115.
- RODRÍGUEZ RIVERA, F.E., "Funciones de los Secretarios Judiciales y del resto de Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 58, núm. 1963, 2004, pp. 1417-1441.
- RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A., "El derecho de defensa y de asistencia letrada en la fase de ejecución de las penas privativas de libertad: Un análisis del deber ser", en AA.VV., *Cárcel y derechos humanos : un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos*, ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 195-232.

- RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A., "Derechos fundamentales en la cárcel: referencia al derecho de defensa", en AA. VV., *Tratado de derecho penitenciario* (coord. RIVERA BEIRAS I.), ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, pp. 169-174.
- RODRÍGUEZ SOL, L., "El empleo de la videoconferencia en la asistencia judicial penal internacional", en *Diario La ley*, núm. 6737, 2007, pp. 1-6.
- RODRÍGUEZ TIRADO, A.M., *Las funciones procesales del Secretario Judicial*, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- ROMEO CASABONA, C.M., *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, ed. Bosch, Barcelona, 1986.
- ROMERO COLOMA, A.M., "La prueba testifical en el ordenamiento jurídico procesal español: configuración y problemática", en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 9, 2003, pp. 49-66.
- ROMERO COLOMA, A.M., *Problemática jurídica de los testimonios y declaraciones de menores de edad*, ed. Civitas, Madrid, 2004.
- ROMERO COLOMA, A.M., *El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión*, ed. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2009.
- ROTH, M., "Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony adn aversarial truth", en *UCLA Law Review*, núm. 48, pp. 185-218, disponible en: <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/uclalr48&id=199&print=section§ion> (fecha de consulta: 23 de agosto de 2007).

ROXIN, C., *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal* (trad. GARCÍA CANTIZANO, M. C., GÓMEZ RIVERO, C.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, C., KERN, E., *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, ed. Beck, München, 1991.

RUGGIERO, R.A., "La videoconferenza nell'udienza camerale di riesame", en *Cassazione penale*, vol. XLIII, 2003, pp. 3140-3146.

RUIDÍAZ GARCÍA, C., *Justicia y seguridad ciudadana*, ed. Edersa, Madrid, 1997.

RUIZ, G., *Federalismo Judicial (el modelo americano)*, ed. Civitas, Fuenlabrada (Madrid), 1994.

SATZGER, H., SCHLUCKEBIER, W., WIDMAIER, G., *Strafprozessordnung Kommentar*, ed. Wolter Kluwer, Luxemburgo, 2014.

SÁNCHEZ PARELLADA, J., "El acta del juicio oral en el proceso penal y las nuevas tecnologías", en *Actualidad Penal*, núm. 13, 2003, pp. 357-377.

SANCHIS CRESPO, C., *La prueba por soportes informáticos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

SANCHIS CRESPO, C., "Nuevo proceso civil y nuevas tecnologías: la prueba", en *Revista Poder Judicial*, núm. 68, 2002, pp. 369-404.

SANCHIS CRESPO, C., "La prueba en los procesos de consumo", en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento civil* (coord. BARONA VILAR, S.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 315-357.

- SANCHIS CRESPO, C., CHAVELI DONET, E.A., *La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000: (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SANNA, A., "L'esame del'imputato sul fatto altrui, tra diritto al silenzio e dovere di collaborazione", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, núm. 2, 2001, pp. 462-502.
- SCHÄFER, E., "Vide Conferencing in Arbitration", en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 14, núm. 1, 2003, pp. 35-45.
- SCHMIDT, K., "La reforma alemana: las KonTrag y TransPug de 1998 y 2002, y el Código Cromme", en *Revista de derecho de sociedades*, núm. 22, 2004, pp. 19-34.
- SEGURA ORONICH, A., *El imputado y el testigo ante el juez: psicología del interrogatorio*, ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- SENÉS MOTILLA, C., "Derechos de la persona en la audición a distancia de testigos en procesos penales", en *Revista general de derecho*, núm. 643, 1998, pp. 4239-4250.
- SERRANO PEÑUELAS, I., "El procurador y la protección de testigos", en *La protección de testigos y peritos en causas criminales* (dir. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Diputación de Málaga, Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga (CEDMA), 2001, pp. 35-38.
- SERRANO-PIEDECASAS, J.R., *Emergencia y crisis del Estado social: análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

SEVILLA GARCÍA, J.D., "Nuevas tecnologías y arquitectura judicial", disponible en: http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/secretarios_judiciales/SECJUD70.pdf (fecha de consulta: 8 de agosto de 2007).

SIEDMAN, DIAMOND, S., BOWMAN, L. E., WONG, M., PATTON, M. "Efficiency and Cost: The Impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions" en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 100, núm. 3, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, ed. B de F, Buenos Aires, 2011.

SILVERT, J.M., NEWMAN, U.H., KALSER, L., "The use of closed circuit television for conducting misdemeanor arraignments in Dade County, Florida", en *University of Miami of Law Review*, vol. vol. 38, núm. 4, 1984, julio, pp. 657-675.

SIMON, J., *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, ed. Oxford University Press, Oxford , 2007.

SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, vol. I, ed. Giuffrè, Milán, 2006.

SIRACUSANO, D., GALATI, A., TRANCHINA, G., ZAPPALÀ, E., *Diritto processuale penale*, vol. II, ed. Giuffrè, Milán, 2006.

SMITH, J. , "Remote Testimony and Related Procedures Impacting a Criminal Defendant's confrontation Rights", en *Administration of Justice Bulletin*, núm. 2013/02, disponible en:

<http://sogpubs.unc.edu/electronicversions/pdfs/aojb1302.pdf>
(fecha de consulta: 20 de mayo de 2014).

SOLETO MUÑOZ, H., *La identificación del imputado*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SPAGNA MUSSO, E., *Diritto costituzionale*, ed. CEDAM, Padova, 1981.

SPAGNOLO, G., *L'associazione di tipo mafioso*, ed. CEDAM, Padova, 1987.

SPRACK, J., *A practical approach to criminal procedure*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2006.

SPRANGHER, G. *La pratica del processo penale*, ed. CEDAM, Padova, 2012.

SPRECH, R.A., "The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to Which it should be applied", en *American Bar Association Journal*, vol. 31, 1945, pp. 501-509.

SPREY, J.A., "Videoconferencing as a Communication Tool", en *IEEE transactions on professional communication*, 40, núm. 1, pp. 41-47, disponible en: http://ieeexplore.ieee.org/iel1/47/12162/00557518.pdf?tp=&ar_number=557518&isnumber=12162 (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2007).

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., JUDEL PRIETO, Á., PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de derecho penal*, ed. Civitas, Madrid, 2006.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: del olvido al reconocimiento*, ed. Comares, Albolote (Granada), 2006.

SUNDARDAS, A., "Administración empresarial y nuevas tecnologías. El Consejo virtual y la comunicación corporativa", en *Revista Telos*, núm. 66, disponible en: <http://www.campusred.net> (fecha de consulta: 23 de abril de 2008).

SYMONDS JR., R.L., O'TOOLE, M.J.MORRIS, J.L., "Delaware: la puerta de ingreso preferida al mercado estadounidense", disponible en: <https://www.incsport.com> (fecha de consulta: 24 de junio de 2008).

TAMARIT SUMALLA, J.M., *Estudios de victimología: actas del I Congreso español de victimología*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

TAPIA PARREÑO, J., "Recientes reformas en materia de protección de menores víctimas en los procesos penales", en *Diario La ley*, núm. 6655, 20 de febrero de 2007, pp. 1-7.

TAPIA PARREÑO, J.J., "Medidas de protección del menor en la fase de instrucción y de ejecución del proceso penal", en *Protección de menores en el Código Penal* (dir. JORI TOLOSA, J.L.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, pp. 101-152.

THOMÉ, H.I. *Victimización y cultura de la seguridad ciudadana en Europa*, ed. Facultad de Sociología, Universidad de Barcelona, 2004.

TINOCO PASTRANA, Á., VERGÉ I GRAU, J., UNIVERSIDAD DE SEVILLA, *Fundamentos del sistema judicial en el Common Law*, vol. 88, ed. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

TIRADO ESTRADA, J.J., "La audición por videoconferencia como instrumento de auxilio judicial internacional en el

proceso penal. Especial referencia a su compatibilidad con el ordenamiento jurídico interno español", en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 3, 2003, pp. 383-418.

TOKSON, M.J., "Virtual confrontation: is videoconference testimony by an unavailable witness constitutional?", en *University of Chicago Law Review*, 74, núm. 1, pp. 1581-1614, disponible en: <http://international.westlaw.com> (fecha de consulta: 15 de agosto de 2008).

TONINO, P., *Manuale di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2008.

TUNC, A., TUNC, S., *El Derecho de los Estados Unidos de América* (trad. ELOLA, J.), ed. Universidad Nacional de México, Mexico D.F., 1957.

TURELLI, S., "Assemble di società per azioni e nuove tecnologie", en *Rivista delle Società*, núm. 1, 2004, pp. 116-158.

ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J., "Videograbación y videoconferencia", en *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia* (dir. VELASCO NÚÑEZ, E.), ed. Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 301-353.

UBERTIS, G., *Argomenti di procedura penale*, ed. Giuffrè, Milán, 2002.

UBERTIS, G. "La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia", en *Cassazione Penale*, núm. 2, 2014, disponible en Base de Datos DeJure: <http://www.iusexplorer.it> (fecha de consulta: 30 de junio de 2014).

ULRICH NOACK, D., "Moderne Kommunikationsformen von der Toren des Unternehmensrechts", en *ZGR*, núm. 3, 1998, pp. 592-616.

VALBUENA GONZÁLEZ, F., "La videoconferencia en la Administración de justicia", en *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías* (coords. MURILLO VILLAR, A., BELLO PAREDES, S.), ed. Servicio de publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2005, pp. 591-603.

VAÑÓ VAÑÓ, M.J., *Tecnologías de la información y de la comunicación (TICs) en el derecho societario: proyecto de investigación "Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TICs) en el derecho societario" UV-AE-20060720*, ed. Thomson- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

VARELA CASTRO, L., "Proceso penal y publicidad", en *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 37-44.

VELASCO NÚÑEZ, E., "La videoconferencia llega a los Juzgados", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, 2002, pp. 1786-1788.

VELASCO NÚÑEZ, E., "Videoconferencia y Administración de Justicia", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2002, pp. 1776-1781.

VELAYOS MARTÍNEZ, M.I., *El testigo de referencia en el proceso penal: aproximación a las soluciones angloamericanas*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VERBIST, H., IMHOOS, C., "Arbitration, Telecommunications and Electronic Commerce", en *International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 10, núm. 2, 1999, pp. 20-25.

VIANA BALLESTER, C., "Comentario del anteproyecto de reforma de la ley del menor", en *Revista general de Derecho Penal*, 2005, disponible en Base de Datos Iustel: <http://iustel.com> (fecha de consulta: 10 de julio de 2007).

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al derecho mercantil*, vol. 1, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

VIEIRA MORANTE, F.J., "Contradicción e inmediatez en la práctica de las pruebas y su valoración en segunda instancia", en *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 563, 2003, pp. 5-6.

VIEIRA MORANTE, F.J., "Los medios audiovisuales y la justicia", en *Revista del poder judicial*, núm. 80, 2005, pp. 235-249.

VILALTA NICUESA, A.E., *Mediación y arbitraje electrónicos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

VINCENZO MOLINARI, P., "Videoconferenze e procedimento di prevenzione", en *Cassazione penale*, núm. 10, 2000, pp. 2780-2784.

VISWANATHAN, A., "The Companies Act 2006: towards shareholder engagement and streamlining the decision making-process", en *International Company and Commercial Law Review*, vol. 18, núm. 6, 2007, pp. 199-202.

VOINCHET-GOSSELIN, V., "L'utilisation des moyens de visioconférence dans la SA", disponible en: <http://www.netpme.fr/creation-entreprise/220-utilisation-moyens-visioconference-dans-sa.html> (fecha de consulta: 28 de junio de 2008).

VOLTAIRE, *Tratado de la tolerancia* (trad. CHIES, C.), vol. 9, ed. Crítica, Barcelona, 1977.

- VON LISZT, F., *La idea de fin en el Derecho Penal* (trad. AIMONE GIBSON, E.), ed. Edebal, Valparaíso (Chile), 1984.
- WAGNER, J., "Aufsichtsratssitzung in Form der Videokonferenz", en *NZG*, núm. 2, 2002, pp. 57-68.
- WALPIN, G., "America's adversarial and jury systems: more likely to do justice", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 26, 2003, pp. 175-186.
- WATZLAWICK, P., *¿Es real la realidad?: confusión, desinformación, comunicación* (trad. VILLANUEVA SALAS, M.), ed. Herder, Barcelona, 1981.
- WEBER, F.A., "Complying with the confrontation clause in the twenty-first century: guidance for courts and legislatures considering videoconference-testimony provisions", en *Temple Law Review*, otoño 2013, p. 149 a 178.
- WIGGINS, E.C., DUNN, M.A.CORT, G., "Federal Judicial Center Survey on Courtroom Technology December 2003", disponible en: [http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CTtech03.pdf/\\$file/CTtech03.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/CTtech03.pdf/$file/CTtech03.pdf) (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2008).
- ZARAGOZA AGUADO, J.A., "Nuevos instrumentos procesales en la lucha contra la criminalidad organizada", en *La protección de testigos y peritos en causas criminales: comunicaciones y ponencias. Jornadas Internacionales de Derecho Procesal* (dir. ROBLES GARZÓN, J.A.), ed. Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2001, pp. 7-34.
- ZARAGOZA AGUADO, J.A., "La protección de los acusados, testigos y peritos en causas criminales en el ordenamiento jurídico español. Ámbito de aplicación de la Ley Orgánica

19/1994. Las declaraciones de los coimputados. El problema de los testigos ocultos y anónimos. Incidencia de éstas cuestiones en el derecho a un proceso con todas las garantías", en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 7, 2002, pp. 67-86.