



Dictamen 1/21 sobre el uso de la videoconferencia en la cooperación judicial internacional en materia penal

1. Introducción
2. Regulación en derecho interno
3. Principales convenios, normas y recomendaciones internacionales
 - 3.1 Principales Convenios
 - 3.2 Directivas, manuales y recomendaciones de la UE
 - 3.3 Informes del Consejo de Europa
 - 3.4 Convenios y guías en Iberoamérica
4. Formalidades generales para la emisión y ejecución de videoconferencias
 - 4.1 Necesidad de auxilio judicial
 - 4.2 Autoridades competentes
5. Solicitud de autoridades españolas para la práctica por videoconferencia a celebrar en el extranjero
 - 5.1 Aspectos generales
 - 5.2 Videoconferencia y traslado temporal de presos
6. Ejecución en España de la videoconferencia solicitada por auxilio judicial
 - 6.1 Medios y lugar desde donde se practica la videoconferencia
 - 6.2 Horario
 - 6.3 Citación del declarante testigo o perito
 - 6.4 Videoconferencia de investigados y acusados. Consentimiento del imputado o acusado
 - 6.5 Asistencia letrada
 - 6.6 Procedimiento de ejecución de la videoconferencia solicitada a través de la cooperación internacional
 - 6.7 Dirección del acto procesal por videoconferencia.
 - 6.8 Garantías: lectura de derechos
 - 6.9 Traducciones e intérpretes
 - 6.10 Grabación y documentación de la diligencia y gastos
 - 6.11 Consecuencias penales de la declaración o de la inasistencia
7. Reconocimiento en rueda
8. Declaración de testigos y peritos por teléfono



1. Introducción

Las nuevas tecnologías han modificado y ampliado las formas de comunicación a distancia y han irrumpido decididamente en la esfera del derecho, en particular en el ámbito procesal, donde estas nuevas técnicas ofrecen formas alternativas para la práctica de algunas diligencias y actuaciones cuando la presencia física de un compareciente o parte procesal no sea posible u oportuna. En general, las nuevas tecnologías aportan soluciones que favorecen y aceleran la práctica de ciertas actuaciones procesales, disolviendo distancias físicas, reduciendo desplazamientos y ahorrando costes.

Particularmente útil resulta en el ámbito del proceso el uso de la videoconferencia como sistema interactivo de comunicación que permite la transmisión simultánea de la imagen y el sonido en tiempo real. Se comprende en este concepto de videoconferencia cualquier medio o técnica que permita una comunicación a distancia en tiempo real con transmisión de audio y video y que, por tanto, permita reunir y comunicar a personas situadas en lugares alejados entre sí. Su potencial no se limita a comunicaciones bilaterales y actualmente los sistemas permiten la comunicación multilateral de punto a punto, con vista simultánea múltiple en la pantalla y la intervención de varias personas en el mismo acto. Las nuevas versiones de estas videoconferencias permiten también el intercambio de gráficos, documentos y archivos y contienen también posibilidades de grabación directa en el propio sistema.

La videoconferencia ha tenido un impacto reseñable en el proceso penal y su uso se ha extendido para la realización de actos procesales a distancia tanto en la fase de investigación/instrucción como en el juicio oral. Cuando se dan todos los requisitos que se examinarán a continuación, la videoconferencia es una técnica compatible con el pleno respeto a los principios de inmediación, oralidad contradicción, publicidad y concentración tal y como exige el cumplimiento de un proceso con todas las garantías. Igualmente, el sistema es compatible con la prestación de una asistencia letrada efectiva.

El uso de la videoconferencia para la práctica de diligencias en el proceso penal, incluso en el juicio oral, ha sido considerada plenamente compatible con el derecho al proceso debido reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)¹. Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos

¹ Sobre el derecho de participación en el proceso del acusado y la Videoconferencia. La Guía del COE sobre art. 6 dice: Similarly, as regards the use of a video link in the proceedings, the Court has held that this form of participation in proceedings is not, as such, incompatible with the notion of a fair and public hearing. However, recourse to this measure in any given case must serve a legitimate aim and the arrangements for the giving of evidence must be compatible with the requirements of respect for due process, as laid down in Article 6. In particular, it must be ensured that the applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and that effective and



Humanos (STEDH) de 27 de noviembre de 2007, en el caso Zagaría contra Italia, marca como pauta para su utilización que se persigan fines legítimos como 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 de plazo razonable y a que su desarrollo respete el derecho de defensa del acusado, para cuya garantía el TEDH concreta algunas pautas que se expondrán más adelante.

Las circunstancias generadas por la pandemia del virus COVID-19 han extendido el recurso a la videoconferencia que se ha promocionado como alternativa preferente para mantener la actividad judicial pese al alejamiento físico, con pleno respeto a los derechos procesales. Por otro lado, se ha facilitado y generalizado el acceso de los operadores jurídicos a la herramienta, de forma que es cada vez más un instrumento común y frecuente para que los distintos actores procesales participen en el procedimiento a distancia y especialmente útil en momentos en que se desaconsejan reuniones, viajes y desplazamientos.

Ahora bien, si hay un espacio en el que la técnica es de especial utilidad es en el ámbito de la cooperación judicial internacional, al permitir la realización de diligencias y declaraciones a distancia sin la necesidad de traslados y desplazamientos al país de ejecución ni de la autoridad judicial emisora ni de los sujetos y partes participantes en la diligencia. Los beneficios en ahorro de tiempo y costes son evidentes y se destacan en numerosos informes internacionales y especialmente en el informe final de 2014 del Grupo de trabajo sobre videoconferencia transnacional, organizado en el Consejo de la UE. También se mencionan en ese informe otras ventajas no menores como evitar medidas más intrusivas como la emisión de una orden europea de detención y entrega o permitir un mayor acceso al procedimiento y una mejor protección de las víctimas de delitos transnacionales o que se hayan desplazado al extranjero.

2. Regulación en el Derecho interno

El derecho español regula el uso de esta técnica en el proceso de una forma bastante flexible, aunque dados los más recientes avances de la tecnología y las nuevas circunstancias, puede resultar incompleta en algunos aspectos. Recientemente se ha publicado el *Anteproyecto de Ley para la Eficiencia Procesal del Sistema Público de Justicia*² a través del que se propone abordar algunos de los

confidential communication with a lawyer is provided for (Marcello Viola v. Italy, §§ 63-67; Ascitutto v. Italy, §§ 62-73; Sakhnovskiy v. Russia [GC], § 98).

²<https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>



aspectos no regulados hasta ahora, así como modificar las normas vigentes para introducir restricciones para su uso especialmente en las declaraciones de acusados.

La frecuencia y el enorme crecimiento de las solicitudes de cooperación relativas a la práctica de videoconferencia no aconseja esperar a la aprobación de este anteproyecto para redactar este dictamen, pero tampoco esta nueva perspectiva puede ser ignorada y por tanto las propuestas del Anteproyecto relativas al uso de la videoconferencia en el proceso penal serán examinadas, aunque con la cautela propia de lo que es por el momento solo una propuesta legislativa que puede verse modificada en la tramitación. A la vez, se tendrán en cuenta las normas temporales relativas a la videoconferencia publicadas durante la pandemia, que tienen un contenido similar a las del anteproyecto y que son hoy plena, aunque temporalmente, aplicables. Ambos textos siguen la línea del derecho comparado, que mantiene -generalmente- restricciones al uso de la videoconferencia para la audición de investigados y acusados, y sigue especialmente el de aquellas legislaciones que prohíben la participación de los acusados de delitos graves en el juicio oral a través de la videoconferencia. Pese a que estos textos no se refieren expresamente a la videoconferencia en el ámbito internacional, deben tenerse en cuenta para definir las orientaciones definidas en este Dictamen, dirigidas especialmente a facilitar la respuesta de los Fiscales a las solicitudes de asistencia judicial internacional de declaración de acusado videoconferencia en juicios orales.

La regulación de la videoconferencia en las actuaciones judiciales se introdujo en la LO 16/1994, de 8 de noviembre que modificó el art. 230.1 LOPJ para autorizar a los Juzgados y Tribunales a *“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 octubre, y demás leyes que resulten de aplicación”*.

Posteriormente la LO 13/2003, de 24 de octubre, sobre la base de esa previsión, amplió esta regulación con la modificación de los arts. 325 y 731 bis LECrim y del art. 229.3º LOPJ.

El art. 229 LOPJ establece que las actuaciones serán predominantemente orales y en el apartado 3 concreta que las actuaciones, a las que se refiere el artículo, a saber: declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, *podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal.*

La LECrim y permite su uso tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral y aporta una regulación más concreta:



Así, el art. 325 establece que *“El juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

El art. 731 bis LECrim regula su uso en el juicio oral sin límite alguno para los acusados: *“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 art 229 de la LOPJ”.*

Son por tanto razones de utilidad, seguridad u orden público o la superación de las dificultades derivadas de posibles desplazamientos las que en el ámbito nacional justifican la realización de la declaraciones o diligencias a través de la videoconferencia. Cuando se trata de una diligencia con elemento transnacional la concurrencia de inconvenientes en el desplazamiento es evidente y los distintos Convenios y las normas de reconocimiento mutuo o las dirigidas a la protección de las víctimas consideran el elemento transfronterizo como suficiente justificación para la realización de la diligencia a través de videoconferencia.

A estas normas generales se han superpuesto normas temporales derivadas de las limitaciones de movimiento y reunión acordadas en la pandemia que contienen disposiciones que afectan directamente al tema que nos ocupa y que sin embargo no derivan precisamente de las circunstancias excepcionales de la pandemia. Así, el *Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril* en su art. 19 recoge una preferencia por la celebración de las actuaciones judiciales a través de la videoconferencia en el estado de alarma y los tres meses posteriores y, a la vez, introduce una limitación nueva e inexistente en la legislación española hasta el momento en relación con la declaración en juicio de acusados por delitos graves. Con posterioridad, la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, a la vez que en su art. 14 potencia el uso de medios telemáticos, mantiene e incluso amplía las restricciones para la participación por videoconferencia del acusado, cuya presencia física será necesaria en los juicios por delito grave. Efectivamente, el art. 14 de la Ley 3/2020 establece que:



“Hasta el 20 de junio de 2021 inclusive, constituido el juzgado o tribunal en su sede, los actos de juicio, comparencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los juzgados, tribunales y fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el orden jurisdiccional penal será necesaria la presencia física del acusado en los juicios por delito grave

También se requerirá la presencia física del investigado o acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional o en los juicios cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurran causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan. Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado”.

La norma es aplicable a las diligencias practicada por el Fiscal, de conformidad con el apartado 4 del mismo artículo.

Estas restricciones al uso de la videoconferencia que plasman estas normas coyunturales no están en la regulación mencionada anteriormente de la LOPJ ni en la LECrim, y sin embargo, la razón de su introducción no deriva de las circunstancias de la pandemia sino de una decisión de política legislativa que parece extenderse en el futuro de forma que carece de sentido que estas restricciones solo se apliquen hasta el 20 de junio de 2021, tal y como dispone el mencionado artículo.

En todo caso, parece que la voluntad del prelegislador es mantener la continuidad de la prohibición del uso de la videoconferencia para la presencia y declaración de los acusados en juicios por delitos graves. Efectivamente, el art. 16 del *Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*, propone, en la disposición adicional octava, dedicada a “*las actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia en el orden jurisdiccional penal*”, una modificación de la LECrim para introducir estas limitaciones.

Así, conforme al citado anteproyecto, la realización de actuaciones judiciales mediante el sistema de videoconferencia se regirá en el orden jurisdiccional penal por lo dispuesto en el art. 137 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se introduce en la misma ley. Este APL sigue la línea de la Ley 3/2020 y exigirá, si es aprobada en los términos del actual anteproyecto, la presencia física del acusado en los juicios por delito grave.

Igualmente, este anteproyecto mantiene las otras limitaciones ya recogidas en la Ley 3/2020, de forma que será necesaria la presencia física del investigado o



acusado, a petición propia o de su defensa letrada, en la audiencia prevista en el art. 505 de la LECrim cuando cualquiera de las acusaciones interese su prisión provisional – lo que hay que decir que en muchas ocasiones es complicado de saber con anterioridad- o en los juicios, cuando alguna de las acusaciones solicite pena de prisión superior a los dos años, salvo que concurren causas justificadas o de fuerza mayor que lo impidan³. El anteproyecto adicionalmente exige también la presencia física de su defensa letrada cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado.

Resulta evidente que, en este segundo supuesto, la solicitud expresa de la presencia física por parte del investigado o abogado es una forma de expresar la falta de consentimiento a su participación virtual lo que va en la línea de las múltiples legislaciones y de la Jurisprudencia de los tribunales de los países europeos que sitúan el foco en la voluntad del acusado y permiten el uso de la videoconferencia solo con el consentimiento del acusado⁴. El consentimiento es también un requisito mencionado en la regulación de la OEI, como se verá en **infra 3.1**.

La práctica de una diligencia en el extranjero podría entenderse como causa justificada para acudir a este medio, cuando por las circunstancias concurrentes no sea posible la presencia física y también en los casos de juicios orales por delito grave siempre que haya consentimiento. El tema de la participación del acusado por videoconferencia y de su consentimiento y la regulación en el ámbito de la cooperación internacional se analiza más adelante en el **infra 6.4**.

El CGPJ ha elaborado en mayo de 2020 una *Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas*⁵ para dar respuesta al reto derivado del uso masivo de la videoconferencia mientras no se cuente con una regulación integral de la videoconferencia en la Administración de Justicia⁶. Contiene orientaciones de gran

³ Quizá convendría modificar en este punto el Anteproyecto para incluir la transnacionalidad como motivo para que, incluso sin consentimiento, pudiera en situaciones excepcionales realizarse las videoconferencias solicitadas a través de cooperación internacional.

⁴ El Tribunal Superior de Viena se opuso ya en 2014 a la posibilidad de oír al acusado por videoconferencia en juicio. Recientemente el Consejo de Estado francés en una decisión de 18 de noviembre de 2020 suspende la posibilidad, introducida el 18/11/20 por el gobierno francés en razón de las circunstancias sanitarias, de utilizar la videoconferencia para la participación del acusado sin su consentimiento en el juicio oral, al menos en el momento de su declaración, el informe de la acusación y en el momento de su derecho a la última palabra en caso de delitos graves.

⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-Comision-Permanente-aprueba-una-Guia-para-la-celebracion-de-actuaciones-judiciales-telematicas>

⁶ *La disposición final 3ª de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, establece que el Gobierno presentará un proyecto de Ley que regule de manera integral el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia, se encuentra pendiente de cumplimiento.*



utilidad para dar respuesta a muchos de los problemas que se plantean y que no tienen una respuesta expresa en la ley.

Aunque el objeto de este dictamen es exclusivamente el uso de la videoconferencia en el ámbito de la cooperación penal internacional, como ya se ha mencionado, es importante tener siempre en cuenta la regulación española, en tanto que la ejecución de una videoconferencia en nuestro país a solicitud de una autoridad extranjera se rige, conforme al principio general del *locus regit actum*, por el derecho español, con las posibles matizaciones derivadas de las disposiciones específicas del Convenio internacional o norma europea aplicable. También habrá que atender en su ejecución a las posibles formalidades expresamente solicitada por la autoridad requirente o de emisión de la solicitud, formalidades que deberán observarse salvo que sean contrarias a los principios generales del derecho español.

Igualmente, desde el punto de vista activo, la autoridad española emisora de una Comisión Rogatoria Internacional (CRI) o una Orden Europea de Investigación (OEI) con objeto de practicar una declaración a través de la videoconferencia debe tener siempre en cuenta la regulación española y cuidar expresamente de que en la solicitud se pida a la autoridad de ejecución el cumplimiento de aquellas formalidades y garantías de imprescindible cumplimiento en nuestro derecho. El formulario de la OEI contiene en su Sección I el apartado para solicitar el cumplimiento de determinados trámites o procedimientos específicos.

Los aspectos relativos al uso de la videoconferencia en la cooperación judicial internacional penal solo están contemplados en la legislación interna en la Ley 23/2014 *de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la UE - LRM en adelante-*, donde se contiene la expresa regulación de la solicitud y práctica de diligencias por videoconferencia en el Título X referido a la OEI. Cuando se trate de Estados no partícipes en la OEI, y puesto que en España no contamos con una Ley de Cooperación Judicial Internacional, habrá que estar a lo dispuesto en los Convenios Internacionales aplicables y, en su caso, a la reciprocidad. En todo caso, al ser la única regulación de la materia, las previsiones de la LRM pueden servir para completar e interpretar las normas aplicables.

También conviene tener presente la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil* que, en su art. 17, alude a la posibilidad de uso general de medios técnicos de cooperación. El art. 15 de esta Ley permite la práctica de diligencias procesales por funcionarios diplomáticos y consulares españoles siempre que no impliquen coacción y cuando la ley española no requiera de modo inexcusable la presencia de autoridad judicial, hayan de realizarse en la demarcación consular y a ello no se oponga la legislación del Estado receptor. Esta norma se refiere obviamente a diligencias del ámbito civil y mercantil y excluye con claridad el orden penal que supone coacción y exige la presencia de la autoridad judicial o de su representante.



La Fiscalía General del Estado recordaba ya en la Instrucción 3/2002 las opciones de uso de la videoconferencia en el proceso penal modificando la posición excesivamente restrictiva adoptada en la Instrucción 1/2002. Más recientemente, el Decreto de la FGE de 19 de marzo de 2020 recuerda las posibilidades de uso de la videoconferencia e insta a los fiscales a agotar todas las oportunidades de comunicación telemática para evitar desplazamientos durante el tiempo de la pandemia.

3. Principales convenios, normas y recomendaciones internacionales.

Prácticamente todos los convenios internacionales dedicados a la asistencia judicial penal suscritos en el siglo XXI mencionan y regulan con más o menos detalle la videoconferencia. Sin embargo, el uso de esta técnica se permite también en la ejecución de diligencias solicitadas en aplicación de otros convenios bilaterales o regionales que, por la fecha en que fueron firmados, no se refieren a esta herramienta. Todos esos convenios anteriores contienen disposiciones generales de llamada a la flexibilidad que confirman el principio general pro asistencia o *pro cooperationis* que aconsejan la interpretación más favorable a la cooperación. En la práctica su uso, incluso en la aplicación de convenios bilaterales que no mencionan esta posibilidad, ha sido común desde que la tecnología lo permite.

Sin ánimo de exhaustividad, conviene mencionar la regulación de la videoconferencia a la que hacen referencia los principales Convenios multilaterales:

3. 1 Principales convenios

- **Los Convenios de Naciones Unidas** especialmente el *Convenio contra la Delincuencia Organizada Transnacional* de 15 de noviembre de 2000, conocido como Convenio de Palermo, y la Convención contra la corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003) (Convenio de Mérida), en sus art 18.18⁷ y 46.18 respectivamente, regulan la videoconferencia refiriéndose exclusivamente a peritos y testigos, lo que no impide que, en base al principio de la obligación de prestar asistencia en los términos más amplios posibles,

⁷ Convenio de Palermo- Art 18 *Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.*



no se permita la declaración por videoconferencia de un imputado o acusado si los dos Estados lo admitieran. Al igual que se puede practicar la diligencia por videoconferencia basada en las cláusulas generales de cooperación como las que contiene la Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988) que por la fecha en que fue redactado este Convenio no contiene referencia a esta técnica.

- **El Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea**, hecho en Bruselas, el 29 de mayo de 2000 (en adelante, Convenio 2000), regula el uso de esta herramienta en su art. 10. Se admite su uso con carácter general para las declaraciones de los testigos y peritos, y de forma más restrictiva respecto a las declaraciones de investigados o acusados. En este último caso, depende de la legislación interna de los países concernidos, de la apreciación concreta de su conveniencia por la autoridad judicial y especialmente del consentimiento de los afectados.

El Convenio exige categóricamente el consentimiento del acusado y no lo limita expresamente a su declaración en el juicio oral. El Informe Explicativo se refiere al termino acusado, pero lo menciona de forma indiferente también como sospechosos o investigados. En este sentido es importante tener en cuenta que gran parte de los Estados Miembros han hecho declaraciones negando la posibilidad de la audición de acusados o investigados mediante videoconferencia, algunos incluso aunque se cuente con su consentimiento⁸. Aunque el Convenio de 2000 ha sido sustituido en esta materia por la regulación de la OEI, conviene mencionarlo pues es de aplicación en relación con Irlanda -desde agosto 2020- y Dinamarca, que no forman parte del sistema de la OEI y que es de los países que no admite la videoconferencia para las declaraciones de acusados o investigados.

- **El Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial Penal**, de 8 de noviembre de 2001, regula extensamente la declaración por videoconferencia en su art. 9, y lo hace de forma prácticamente idéntica a la del Convenio 2000, de manera que su Informe Explicativo remite al del Convenio 2000 para la interpretación de su precepto. Es importante tener en cuenta que pese a que el apartado 8 de este artículo permite en general la videoconferencia para acusados e investigados con acuerdo de las autoridades y siempre que lo permita el derecho interno, introduce un matiz en el apartado 9 al reconocer la posibilidad de que los Estados comuniquen a través de una declaración realizada a la Secretaría General que no tiene

⁸ En las declaraciones a este Convenio Dinamarca, Holanda y Reino Unido no admiten la videoconferencia para acusados e investigados. Francia no la admite para las declaraciones de acusados en el juicio oral. Y Alemania y Hungría la admiten solo en caso de consentimiento del acusado. Habida cuenta de la actual aplicación de este Convenio la declaración de Dinamarca es especialmente relevante.



intención de admitir las audiencias por videoconferencia en las que participe la persona penalmente acusada o el sospechoso. Las declaraciones de varios Estados parte rechazan el uso de la videoconferencia para la presencia del acusado en el juicio oral o para otras declaraciones⁹.

- **El Convenio Iberoamericano para el uso de la videoconferencia**, firmado en Mar del Plata (Argentina), el 3 de diciembre de 2010¹⁰ entró en vigor el 17 de Julio de 2014. Este Convenio pretende favorecer el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de los Estados parte, como un medio para fortalecer y agilizar la cooperación judicial mutua, no solo en materia penal, sino también en materia civil. Se completa con un Protocolo adicional de la misma fecha relacionado con los costos, el régimen lingüístico y la remisión de solicitudes. En su art. 6¹¹ limita el uso en relación con la audiencia de los acusados y permite a las partes rechazar la práctica de la videoconferencia en relación con los acusados.
- **Los Convenios bilaterales** sobre asistencia judicial en materia penal más recientes contemplan la práctica de declaraciones por videoconferencia, por ejemplo, el Convenio bilateral con EEUU como desarrollo del Acuerdo de asistencia judicial entre los EEUU de América y la UE de 25 de junio de 2003. El art. 16 de este Convenio solo contempla la videoconferencia para testigos y peritos, aunque la flexibilidad y el principio pro cooperación permitiría que pueda utilizarse para la declaración de investigados en algunos casos. Conviene en general recordar la necesidad de consultar en el prontuario la Guía de cooperación con los EEUU redactada por el magistrado de enlace español en ese país en la que se abordan las peculiaridades de esta cooperación
- **Cláusulas genéricas de los convenios o reciprocidad.** Es importante recordar nuevamente que, aun sin que la videoconferencia se mencione específicamente en un convenio, las cláusulas genéricas de los convenios bilaterales suelen comprometer a prestarse "*la asistencia más amplia posible*"

⁹ Varios Estados han hecho declaraciones con diferentes textos en este sentido: Croacia, Dinamarca, Francia, Malta, Polonia, Holanda, Reino Unido y Chile. España no ha hecho ninguna reserva, aunque quizá tendrá que hacerla próximamente o. tras la Ley 3/2020, si se aprobara el *Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*.

¹⁰ Ratificado hasta Nov de 2020 por Panamá, México, España, Republica dominicana, Ecuador, Costa Rica, Paraguay, Argentina y El Salvador (los dos últimos pendientes del depósito de la ratificación)

¹¹ Examen de procesados o investigados: 1. *Resultarán aplicables las disposiciones anteriores al examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y se respeten todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada.*

2. *Las Partes podrán declarar que no aplicarán el presente acuerdo al examen por videoconferencia de procesados o imputados.*



o “la práctica de todas aquellas diligencias comprendidas en el ámbito del Convenio” deben entenderse como título suficiente para solicitar o ejecutar videoconferencias. Igualmente, la reciprocidad puede invocarse también en casos en que no exista convenio aplicable. Pese a ello, no podemos obviar que, aunque sea infrecuente, en la práctica algunos estados requieren que la videoconferencia se encuentre expresamente prevista en el marco normativo internacional aplicable, habiéndose dado situaciones en que las peticiones de declaración de testigos o investigados solicitadas por videoconferencia han sido denegadas por este motivo.

- **La Directiva de 3 de abril de 2014 relativa a la Orden Europea de Investigación en materia penal** regula en el art. 24 de forma profusa y detallada las declaraciones a través de la videoconferencia y lo hace de forma bastante similar al art. 10 del Convenio de 2000, refiriéndose a las comparecencias por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual. Mantiene la distinción entre las declaraciones de imputado o acusado de las declaraciones de otros intervinientes en el proceso que tienen obligación de comparecer. La Directiva admite que se practique la audición por videoconferencia de un investigado o acusado, pero contempla la falta de consentimiento del mismo como causa potestativa de denegación. Igualmente, el artículo detalla todas las cuestiones prácticas para la realización de citaciones, participación de intérpretes, documentación, etc., cuestiones que se examinarán más adelante.

3.2 Directivas, Manuales y Recomendaciones de la UE

Más allá de la regulación de la OEI, la UE, manteniendo una clara opción por el uso de esta tecnología en el ámbito de la cooperación internacional, se pronuncia en otros muchos documentos sobre el uso de la videoconferencia en los procesos transnacionales.

La Directiva 2012/29 de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, propone en su art. 17.1 b) *recurrir en la medida de lo posible, cuando se deba oír a las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica previstas en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000.*

La Directiva 2004/80 del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre indemnización a las víctimas de los delitos prevé en su art. 9 el uso de la videoconferencia y el teléfono como forma preferente para la audición del solicitante.



El fomento de la videoconferencia en el ámbito de la cooperación internacional es objeto incluso de una concreta Recomendación del Consejo Europeo de 2015¹² *para fomentar la utilización de las videoconferencias transfronterizas en el ámbito de la justicia en los Estados miembros y a escala de la UE y compartir las mejores prácticas*. Se trata de una recomendación elaborada tras el extenso estudio mencionado al inicio realizado por un grupo de expertos y expresamente creado para debatir sobre el uso de la videoconferencia en cuestiones transfronterizas y que se refiere tanto a asuntos civiles como penales. El estudio dio lugar también a la publicación de una guía para el uso de la videoconferencia que es accesible en el portal e-justice¹³. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el grupo de trabajo finalizó su informe final en 2014 y ni ese informe ni la guía se refieren expresamente a la OEI, que es la principal base normativa actual para la solicitud y ejecución de audiciones en el proceso penal en otro país de la UE a través de la videoconferencia.

Se pueden mencionar otros documentos como la *Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional*, que en el art. 19, apartado 4, estipula que se podrá utilizar el teléfono y la videoconferencia si el derecho nacional obliga al Estado miembro emisor a escuchar al acusado antes de modificar las medidas de vigilancia o emitir una orden de detención.

3.3 Orientaciones del Consejo de Europa

El grupo de expertos en materia de cooperación internacional del Consejo de Europa CD-PC elaboró también una guía cuestionario con información sobre la regulación de la videoconferencia en cuestiones transnacionales en los países parte.

Recientemente el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (CCPE) se refiere también al uso de la videoconferencia en su Recomendación (2000) 15 sobre el papel de los Fiscales en situaciones de emergencia, especialmente en supuestos de pandemia y promueve en su recomendación número 6 su uso para las comparecencias y declaraciones de testigos, peritos y acusados asegurando siempre el respeto a los derechos fundamentales.

¹² Recomendación del Consejo DOUE 31.7.2015 C/15/2015/01

¹³ https://e-justice.europa.eu/content_videoconferencing-69-es.do?init=true



3.4 Convenios y guías en el espacio iberoamericano

En el ámbito iberoamericano, IberRed aprobó recientemente¹⁴ una Guía para la práctica de la videoconferencia que recoge recomendaciones divididas en tres ámbitos: técnico, operativo y jurídico. Se trata de un documento de trabajo orientativo, redactado por un grupo de expertos, y que permite constatar algunas divergencias relevantes en las legislaciones nacionales.

Por ejemplo, conviene mencionar que, aunque no es habitual, algunos países otorgan en sus legislaciones internas amplias funciones en materia de cooperación judicial internacional a sus delegaciones consulares y, en particular, regulan la videoconferencia consular en el ámbito procesal e incluso, como Costa Rica, exigen la presencia del cónsul en la videoconferencia solicitada a través de asistencia judicial internacional, aunque esta se practique ante la autoridad judicial. La Guía recuerda¹⁵ la necesidad de respetar los convenios internacionales y la legislación del país donde se realizan. Sin duda, estas diligencias siguen siendo de naturaleza judicial en España, por lo que la autoridad requirente deberá pedir expresamente a la autoridad judicial española requerida su autorización para la participación del cónsul en la declaración por videoconferencia.

Por otro lado, y como siempre que se solicita o ejecuta una diligencia de cooperación internacional, es importante atender no solo al precepto del convenio o convenios aplicables sino comprobar las posibles reservas o declaraciones que se hayan realizado al Convenio por los países implicados. Precisamente, en relación con la videoconferencia, no es extraño que algunos estados hayan realizado declaraciones especialmente dirigidas a restringir las declaraciones de investigados o acusados a través aquella.

¹⁴ En la plenaria de IberRed celebrada en Madrid en 2019 y pendiente de completar con la regulación por país.

¹⁵ “Se recomienda que en aquellos casos en que un cónsul, de conformidad con su ley nacional, va a llevar a cabo la diligencia de videoconferencia y notificaciones de testigos para esos efectos, verifique previamente con las autoridades del país donde se encuentra dicho consulado si es necesario una solicitud de asistencia legal o carta rogatoria a tales efectos o si puede proceder sin la intervención de dichas autoridades”.



4. Formalidades generales para la emisión y ejecución de solicitudes de declaraciones por videoconferencia transnacionales.

4.1 Necesidad de Auxilio Judicial

La videoconferencia que se practica en un proceso penal en base a un convenio o norma internacional o en virtud del principio de reciprocidad con el objeto de recibir declaración a una persona ubicada en otro estado es, en su esencia, un acto procesal formal que requiere de la solicitud de cooperación judicial internacional y exige necesariamente la intervención, más o menos directa, de la autoridad de ejecución, cuyo papel es imprescindible para autorizar su práctica y para asegurar el respeto a los derechos y garantías procesales en el curso de su ejecución.

Para utilizar este instrumento en la cooperación judicial internacional es necesario que la técnica esté admitida en la legislación interna del Estado de ejecución – o al menos que no se prohíba- y no sea incompatible con los principios generales del derecho de los Estados implicados. Como en muchas ocasiones, la realidad va delante de la norma, de forma que en numerosas ocasiones se han ido practicando videoconferencias incluso antes de que estuviera regulada. Por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo (TS) en la sentencia 971/2004, de 23 de julio, admite la validez de la declaración de un testigo, prestada desde EEUU mediante videoconferencia antes incluso de su regulación expresa en nuestras leyes procesales y en el convenio bilateral.

Es también requisito material imprescindible que se disponga de la herramienta, que, en muchos casos, puede ser incluso proporcionada por la autoridad requirente o por oficinas diferentes a las judiciales, incluso por oficinas diplomáticas, lo que no supone más que la cesión del medio y no la intervención de las delegaciones administrativas o diplomáticas cuya participación se limita a poner a disposición de las autoridades la logística necesaria, en caso de necesidad.

La formalidad del procedimiento se enfrenta, sin duda, a la realidad de los incesantes avances tecnológicos y el fácil acceso a estas tecnologías, que han simplificado y extendido su uso, de forma que los particulares disponen de un acceso propio a estos instrumentos, lo que materialmente permitiría su uso sin intervención de las autoridades competentes del estado en el que se debe practicar la diligencia. Debido precisamente a esa accesibilidad de las tecnologías a nivel de usuario se ha tenido conocimiento de numerosas experiencias irregulares de declaraciones, particularmente de testigos, desde su propio domicilio u oficina en el extranjero prescindiendo completamente de la solicitud formal del auxilio judicial internacional.

El acceso universal a la técnica es una realidad que se impone y que posiblemente pudiera ser objeto de un cambio de regulación en el futuro. Sn embargo,



mientras no haya regulación legal, estas prácticas irregulares, por más que simplifiquen y aceleren trámites, deben ser evitadas. Dichos actos privados no son actos de cooperación judicial internacional y carecen de las necesarias garantías. Los convenios de asistencia judicial internacional no contemplan declaraciones de testigos y mucho menos de investigados desde el extranjero sin intervención ni conocimiento de las autoridades del estado donde residen. Si fuera posible que estos actos se realizaran desde las embajadas o representaciones diplomáticas en el extranjero se hubiera plasmado así en los convenios.

Es importante recordar que estas declaraciones e intervenciones de testigos o investigados desde otro país son actos jurisdiccionales sometidos a una serie de condiciones y normas; actos de los que derivan consecuencias legales como pueden ser los efectos jurídicos de una declaración falsa o de una incomparecencia. Los requerimientos impuestos en las normas y convenios internacionales no son solo una formalidad, sino que tienen su fundamento en el respeto tanto a la soberanía de los estados, como en el respeto a las garantías procesales que garantizan el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Ante ciertas dudas en el momento de extensión de la técnica de la videoconferencia y la frecuencia llegada de solicitudes de autoridades judiciales españolas a las embajadas y consulados españoles ordenando, sin fundamento legal, la práctica de videoconferencia, la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, Cooperación y Unión Europea (MAECEU) se dirigió a la Dirección General de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia que respondió por oficio de fecha 13 de Mayo de 2013 recordando el carácter judicial de estas solicitudes y la necesidad de redactar y remitir solicitudes de auxilio formales a las autoridades competentes del país requerido. Ese oficio fue de nuevo recordado por la Dirección de Cooperación Internacional en fecha 12 de junio de 2015.

Aun así, siguen produciéndose estas prácticas irregulares que los fiscales deben tratar de evitar mediante los correspondientes informes o la interposición de recursos cuando proceda, insistiendo en que el recurso a embajadas o consulados solo puede realizarse con una función instrumental, en el caso de la que la autoridad de ejecución no dispusiese de medios técnicos para la realización de la videoconferencia, manteniendo la dirección y formalidades del desarrollo de la misma en presencia de las autoridades judiciales, en los términos establecidos en la LRM o instrumentos aplicables, tal y como se vuelve a indicar en **infra 8.1**. Como ejemplo práctico, recientemente la Fiscalía Anticorrupción recurrió la decisión de un juzgado central de instrucción de tomar declaración por videoconferencia a un testigo en la sede de la embajada española del lugar donde residía, previo acuerdo con el testigo y sin solicitud de asistencia judicial. El juzgado de instrucción, acogiendo el recurso de la fiscalía, dejó sin efecto la decisión y ordenó la emisión de OEI por auto de 21 de septiembre de 2020.



Frente a esta indispensable necesidad de la solicitud de asistencia internacional, sorprende por imprecisa la recomendación 44 de la Guía del CGPJ para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas en la que se expresa que para la intervención telemática de las personas que se encuentran fuera de España es “aconsejable” recabar el auxilio judicial internacional. El termino aconsejable parece dejar a la autoridad la posibilidad de una opción distinta a la emisión de una solicitud de auxilio internacional y aunque podría entenderse que esta opción es prescindir de esa audición, también parece que se pudiera plantear oírle directamente sin recabar el auxilio judicial internacional. Sin embargo, la audición de una persona desde el extranjero sin acudir al auxilio judicial internacional, como se ha dicho, es una práctica irregular que no garantiza la intangibilidad y veracidad de la prueba y podría acarrear problemas diplomáticos con el país desde el que se presta la declaración.

4.2 Autoridades competentes en España

Respecto a la emisión, el art. 197 la LRM permite la emisión de la OEI a jueces y tribunales que conozcan del proceso penal en el que debe practicarse la diligencia, en este caso por videoconferencia. También los fiscales en los procesos que dirijan, sean estas diligencias de investigación, procedimientos de menores o incluso procedimientos de decomiso autónomo.

Lo mismo se debe entender respecto a las comisiones rogatorias emitidas de acuerdo a un convenio internacional de asistencia judicial penal o basándose en la reciprocidad. El Fiscal, obviamente, puede emitir comisiones rogatorias en las diligencias que dirige siempre que solicite la práctica de diligencias que puede ejecutar por sí mismo en el ámbito nacional y que no afecten a derechos fundamentales.

En relación con la ejecución, la única determinación de autoridades competentes se encuentra en la LRM en relación con la OEI, en el art. 187. 2 LRM donde se encarga la ejecución de la OEI prioritariamente al fiscal, salvo que la OEI contenga alguna medida limitativa de derechos fundamentales o que la autoridad de emisión haya solicitado expresamente que la medida sea ejecutada por un órgano judicial.

Por tanto, lo ordinario es que la videoconferencia solicitada en la OEI sea ejecutada por el Fiscal salvo que, por razones de concentración, sea el Juez de Instrucción el que ejecute la OEI en el caso que la solicitud de declaración a través de la videoconferencia se acompañe de la solicitud de otras medidas que afectan a derechos fundamentales¹⁶ o cuando la intervención de un juez sea expresamente solicitada por la autoridad emisora, lo que no suele ser habitual (art. 187.2).

¹⁶ Art 187.2 b) *Cuando la orden europea de investigación contenga alguna medida limitativa de derechos fundamentales y que no pueda ser sustituida por otra que no restrinja dichos derechos, ésta*



Cuando se trate de una videoconferencia solicitada en una CRI la ejecución puede igualmente corresponder al Fiscal, aunque ello dependerá de quien recibe la CRI. La falta de una norma de cooperación internacional permite a la autoridad extranjera remitir la solicitud de asistencia al Fiscal o al Juez, cuando procede la transmisión directa por aplicación del Convenio 2000 o de los Acuerdos de Schengen o del Segundo Protocolo del Convenio del Consejo de Europa, e igualmente permite a la autoridad central optar – sin criterio alguno fijado por la ley-¹⁷ por remitirla al Juez o el Fiscal, aunque la coherencia y aplicación analógica del reparto competencial en esta materia aconsejarían que la autoridad central mantuviera el criterio establecido en la LRM para la OEI mientras no conste otra norma u otra circunstancia que justifiquen otra decisión.

5. Solicitud por las autoridades españolas de la práctica por videoconferencia de una diligencia a celebrar en el extranjero.

5.1 Aspectos generales

La videoconferencia contribuye a ampliar las posibilidades de práctica de declaraciones que eran de imposible práctica a través de la cooperación internacional cuando no existía esta técnica.

Su previsión en los convenios o en la OEI no obliga al uso de esta técnica, pero, sin duda, lo aconseja siempre que no sea oportuno o posible acudir a la declaración presencial o través de la autoridad de ejecución mediante la toma de declaración directamente por esta. Corresponde en todo caso a la autoridad judicial encargada de la investigación o el enjuiciamiento la valoración de la oportunidad de acudir a esta técnica y tomar la decisión formal a través del correspondiente auto o decreto en el que se valoren las distintas circunstancias concurrentes y se justifique el recurso a esta opción.

Es importante tener en cuenta que contar con esta posibilidad amplía enormemente la capacidad de investigación y, por tanto, su utilización forma parte

será remitida por el Ministerio Fiscal al juez o tribunal para su reconocimiento y ejecución. También será remitida por el Ministerio Fiscal al juez o tribunal para su reconocimiento y ejecución la orden europea de investigación en la que se indique expresamente por la autoridad de emisión que la medida de investigación se debe ser ejecutada por un órgano judicial.

¹⁷ La ausencia de criterio para la determinación de la competencia entre el juez o el fiscal es una razón más para recordar la urgente necesidad de una Ley de Cooperación Judicial Internacional y la adopción de un protocolo provisional en el seno de la Comisión Mixta de Cooperación Judicial Internacional como se plasmó en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2019.



del derecho de las partes al uso de todas las pruebas pertinentes. De forma que, si existe la posibilidad de oír una declaración pertinente de una persona ubicada en el extranjero, debe llevarse a cabo a través de los mecanismos de cooperación internacional disponibles y especialmente acudiendo a las declaraciones en el juicio oral a través de la videoconferencia. Sentencias del Tribunal Supremo así lo reconocen, como la STS 382/2009 de 6 abril, o más recientes las STS 427/2019 de 17 de septiembre y STS 554/2019 de 13 de noviembre. En todas se afirma que poder interrogar a un testigo por videoconferencia, incluso aunque su declaración conste debidamente preconstituida, favorece la inmediación, aunque el mismo hubiera declarado anteriormente y la denegación de la práctica de estas declaraciones por videoconferencia, cuando este previsto en los convenios, produce un déficit del derecho a que las pruebas se practiquen bajo el principio de inmediación.

Como se mencionaba, el uso de la técnica de la videoconferencia no modifica la naturaleza del acto de auxilio judicial que se demanda, por lo que se requiere que el juez, tribunal o fiscal competente remita una expresa solicitud a la autoridad requerida o de ejecución por la vía de una comisión rogatoria, invocando la norma expresa que lo regula en el convenio o convenios, o la cláusula genérica de colaboración si el convenio no hace referencia a esa técnica. Para el caso de estados miembros de la UE¹⁸ habrá que emitir una OEI con las condiciones que expresa el art. 24 y cumplimentando debidamente la sección H2 del certificado de la OEI.

En relación con la OEI, la LRM establece en su art. 197 lo siguiente: *“Cuando la autoridad competente española que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír al investigado o encausado o a un testigo o perito que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que dicha declaración se realice por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual.*

A tal fin se determinarán de acuerdo con la autoridad de ejecución competente las disposiciones prácticas con arreglo a las cuales se llevará a cabo la comparecencia.

Si en un caso concreto la autoridad de ejecución no dispusiera de los medios técnicos necesarios para celebrar la comparecencia por videoconferencia u otros medios de transmisión audiovisual, la autoridad competente española que la hubiera solicitado podrá ponerlos a su disposición previo acuerdo”.

La opción de la UE por la videoconferencia es tan decidida que la Directiva de la OEI no hace referencia expresa a las declaraciones de testigos, peritos o investigados realizada de forma tradicional a través del interrogatorio realizado directamente por la autoridad de ejecución siguiendo un pliego de cuestiones remitidas por la autoridad emisora. Esta diligencia ni siquiera figura como diligencia tipo en el formulario de la OEI que acompaña a la Directiva.

¹⁸ Con excepción de Irlanda y Dinamarca que no participan en la OEI.



La OEI solo menciona a la videoconferencia como forma de llevar a cabo las declaraciones personales transnacionales y, aunque ello no supone excluir la posibilidad de acudir la vía presencial, es evidente que opta por un sistema más favorable a la intermediación y que permite la participación directa de la autoridad encargada de la investigación. En todo caso, ello no excluye la posibilidad de solicitar que la declaración se produzca en el país donde se encuentre el declarante o incluso acordar el desplazamiento de la autoridad de emisión para estar presente en la declaración practicada en el extranjero. Lo cierto es que esta declaración se llevará a cabo a través de la autoridad de ejecución y si la autoridad de emisión solicitase estar presente, su posición es auxiliar de forma que la posibilidad de formular preguntas al interrogado requiere la intermediación o autorización expresa de la autoridad de ejecución, a diferencia de la videoconferencia en la que la dirección del interrogatorio corresponde a la autoridad de emisión, lo que sin duda mejora la intermediación y la eficacia de la investigación.

La LRM española tampoco hace ninguna otra mención a las declaraciones a través de auxilio internacional salvo en caso de traslado temporal de privados de libertad en el art. 195 LRM. Cuando haya que tomar declaración a una persona en el extranjero, el art. 197 contiene también una clara opción de preferencia por la videoconferencia frente a otras formas de práctica de la declaración. De esta forma únicamente en casos concretos y justificadamente se podría solicitar que las declaraciones se practiquen por medio de la intervención de la autoridad de ejecución a través de un pliego de preguntas o cuando así proceda, y fuera autorizado por la autoridad de ejecución, con el desplazamiento de la autoridad de emisión.

La opción por la vía telemática para las declaraciones de investigados o acusados dependía hasta el momento de la pandemia de la valoración de la autoridad de emisión. Las normas temporales que también son de aplicación al auxilio judicial internacional optan también por la videoconferencia.

En relación con la posibilidad de solicitar la declaración de acusados en juicio por videoconferencia, si se trata de delitos graves no será posible hasta el 20 de junio de 2021, habida cuenta de lo dispuesto en la *Ley 3/2020*, de 18 de septiembre, de *medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*.

Como mencionábamos parece que es una directriz que será incorporada a nuestro ordenamiento si, como se mencionó, se aprueba en los términos en los que se ha presentado el *Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia*. La voluntad del prelegislador, sigue de alguna manera la línea del derecho comparado y, por tanto, salvo casos excepcionales en atención al respeto de su derecho de defensa, no debería emitirse una comisión rogatoria ni una OEI para la participación del acusado en juicio en el que esté acusado de delito grave. En todo caso, nunca si falta su consentimiento y solo en situaciones



excepcionalísimas contando con su consentimiento más allá del 20 de junio y mientras no haya sido aprobada la norma que disponga lo contrario.

A la hora de la emisión de la CRI u OEI solicitando la práctica de la videoconferencia es importante que la autoridad judicial española que la emita concrete aquellas formalidades y garantías esenciales en nuestro derecho para la práctica de la diligencia; a la vez, debe concretar los derechos que corresponden al declarante de los que debe ser informado así como otras garantías imprescindibles en nuestro derecho en estos casos como el aseguramiento de la debida comunicación entre declarante y abogado.

Un último aspecto importante es la valoración de obtener el consentimiento del investigado o acusado con carácter previo a la emisión del instrumento para solicitar la videoconferencia. Las indicaciones realizadas en **infra 6.4** para la ejecución son válidas aquí estimándose como buena práctica en relación con los aspectos activos que antes de emitir una solicitud para la declaración de un imputado o acusado se recabe el consentimiento del investigado o acusado y se haga constar el expreso consentimiento del mismo, a riesgo de que el consentimiento sea exigido en el país de ejecución y se deniegue su práctica por esta razón. Si no fuera posible, el consentimiento se conseguirá por la autoridad de ejecución.

5.2 Videoconferencia y traslado temporal de presos

En el caso de que el declarante (es aplicable tanto a acusados e investigados como a testigos) estuviera preso, la autoridad investigadora debe valorar, conforme dispone el art. 195 LRM, si concurre alguna circunstancia que requiera no solo su declaración sino su presencia en España para solicitar su traslado temporal. Debe además consentir el traslado el privado de libertad y así lo exige el art. 22 de la Directiva, aunque no ha sido transcrito en nuestra LRM. Si no se da esta expresa necesidad de presencia en España o el mismo no consiente, la opción razonable será la práctica de la declaración por videoconferencia. El art. 195 añade que el traslado temporal no será para el enjuiciamiento en cuyo caso, dice este artículo, procede la emisión de una Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE). Obviamente ello será solo en caso de que se den las condiciones para la emisión de una OEDE. Lógicamente que podrá comparecer el privado de libertad en un juicio por videoconferencia cuando sea acusado de penas de menos de hasta dos años, porque sin duda es más beneficioso para el acusado poder estar presente por esta vía que enjuiciarlo en ausencia.

Hay que tener en cuenta que este art. 195 no se corresponde con lo dispuesto en el art. 43 de la misma LRM que permite la solicitud de entrega temporal para el ejercicio de acciones penales (sin imponer límite respecto al enjuiciamiento) e incluso



menciona la posibilidad de solicitar ese traslado temporal para el enjuiciamiento mientras se tramita la entrega definitiva solicitada por OEDE.

6. Normas que regulan la ejecución de la declaración por videoconferencia solicitada a través de cooperación internacional

La declaración por videoconferencia en una diligencia de cooperación judicial internacional que presenta unas características muy particulares derivadas no solo del hecho virtual sino también del juego de dos distintas legislaciones que, en muchos casos, reconocen diferentes garantías procesales o establecen distintas condiciones como por ejemplo diferencias en las dispensas para declarar. Igualmente, los declarantes pueden incurrir en delitos al prestar su declaración, actos que tiene lugar materialmente en un Estado diferente de aquel donde se produce formalmente la declaración.

La regla general para la ejecución de las diligencias solicitadas a través del auxilio judicial internacional o del reconocimiento mutuo es la ejecución conforme a las normas del Estado de ejecución – *locus regit actum*-. Este principio tradicional que se mantiene incluso en los últimos instrumentos de reconocimiento mutuo, va siendo objeto de matices relevantes como la posibilidad de que la autoridad de emisión solicite en la ejecución la observancia de alguna formalidad necesaria para la validez de la diligencia en su país. Sin embargo, en la videoconferencia, esta regla general quiebra en diferentes aspectos debido al hecho que la declaración formalmente se está practicando en el lugar del foro, donde despliega sus efectos jurídicos en el proceso y, por tanto, está sometida a su regulación y al cumplimiento de sus formalidades. A la vez, el ordenamiento jurídico del lugar geográfico donde se presta la declaración tiene también su relevancia y la intervención de la autoridad de ejecución debe asegurar el respeto a las garantías y derechos fundamentales del Estado de ejecución.

Son, por ello, varios los aspectos que deben examinarse a la hora de analizar la práctica de declaraciones por videoconferencia en la cooperación internacional, y en su regulación se combinan preceptos específicos del convenio o norma europea aplicable, con normas del Estado de emisión y otras del Estado de ejecución.

El número de detalles a regular provoca que los artículos que abordan la regulación de la videoconferencia son habitualmente de los más extensos de los convenios. Al respecto, basta leer el art. 9 del Segundo Protocolo del Convenio de 1959 o el art. 24 de la Directiva 41/2014 que regula la OEI para comprobar el número de particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de llevar a cabo una declaración por videoconferencia solicitada a través de cooperación judicial internacional.



España, como ya se mencionó, no cuenta con una ley que regule la cooperación judicial internacional, más allá de las limitadas menciones de la LOPJ, en el Capítulo VIII del Título III del Libro III, que atiende a la cooperación jurisdiccional y regula algunos aspectos relativos a la remisión de las comisiones rogatorias junto a los exhortos internos. La única referencia a la videoconferencia a la cooperación judicial internacional penal se contiene en la LRM, concretamente en los arts. 197 y 216. Aunque la ausencia de regulación nacional de esta diligencia a través de la cooperación internacional fuera de la UE no significa que la LRM sea directamente aplicable cuando se trate de videoconferencias fuera de los países parte en la OEI, teniendo en cuenta que es la única norma que la contempla expresamente, su regulación debe servirnos como orientación para completar las interpretaciones de las previsiones en los convenios y servir de orientación general.

En todo caso, es importante tener en cuenta la necesidad de garantizar debidamente el respeto a los derechos fundamentales en la práctica de la diligencia y, especialmente, hay que atender a los derechos de defensa, confidencialidad, publicidad, autenticidad e intangibilidad o veracidad del medio de prueba.

De acuerdo con los instrumentos referidos, la forma en que se practicará la videoconferencia, la elección del sistema de comunicación, la fijación de los días, horas y lugar para la celebración de la comparecencia deben ser objeto de acuerdo entre la autoridad de emisión o requirente y de ejecución o requerida.

Efectivamente, la técnica de la videoconferencia exige cierta preparación y una previa coordinación con la autoridad de ejecución para concretar cuestiones prácticas imprescindibles como el medio técnico que van a utilizar o la hora en que se va a establecer la conexión. Todas estas cuestiones conllevan un ejercicio previo e informal de comunicación que, en muchos casos, por las dificultades de comunicación lingüística entre autoridades, puede requerir la intervención y ayuda de puntos de contacto de la Red Judicial Europea o de Magistrados de Enlace que pueden facilitar esta comunicación o a Eurojust si la relevancia del caso lo justifica.

6.1 Medios y lugar desde donde se practica la videoconferencia

Respecto a los medios y el lugar físico para realizar la comparecencia, la regulación de la OEI y de algunos convenios prevén la posibilidad de que sea la autoridad de emisión la que facilite los medios técnicos en el caso de que no estén disponibles para la autoridad de ejecución.

En la actualidad y dada la explosión del número de plataformas de videoconferencia es difícil encontrarse situaciones en las que la autoridad requerida no disponga de medios, pero la realidad es que aún puede haber autoridades judiciales que no disponen de ellos o tienen dificultades de acceso en un momento dado. En estos casos, puede acudir al uso de los medios técnicos que puedan



ofrecer embajadas o consulados u otro tipo de oficinas administrativas o incluso empresas privadas del estado de emisión con presencia física en el estado de ejecución. Se trata simplemente de un auxilio material, de forma que estas oficinas faciliten los medios, contando siempre con el consentimiento de la autoridad de ejecución, que debe igualmente intervenir y estar presente en la práctica de la diligencia en el lugar pactado.

Es importante recordar lo mencionado en el **supra 4**, respecto al papel de las representaciones diplomáticas de España en el extranjero ante ciertas situaciones de abuso por parte de autoridades judiciales españolas, que solicitan a los funcionarios de estas representaciones que pongan a disposición una sala y sistema de videoconferencia para la realización de una diligencia que, en algunos casos, se pacta directamente con el compareciente obviando la intervención de las autoridades del país donde se encuentra el declarante y donde se celebra la diligencia. Como ya se mencionó, la toma de declaración en el extranjero deberá solicitarse mediante la oportuna comisión rogatoria u OEI en aplicación de lo que disponen los distintos tratados internacionales o, en su defecto, sobre la base del principio de reciprocidad internacional. Lo anterior no excluye, como se indica más abajo, que se puedan llevar a cabo materialmente en dichas dependencias diplomáticas o consulares, siempre que se trate de ejecución de una petición de auxilio y que la autoridad de ejecución sea quien lo acepte y se desplace a las mismas para dicha ejecución.

La única excepción se refiere a las declaraciones de algún funcionario o empleado público de la embajada o consulado en el marco de procedimiento civil, mercantil o laboral, a lo que ya hemos hecho referencia y que se mencionan en el art. 15 de la Ley de Cooperación Civil.

Las normas nacionales vigentes no dicen nada sobre el lugar desde donde se debe ubicar el declarante. La propuesta del *Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia* al que antes nos hemos referido prevé la inclusión del art. 137 bis en la LEC en la que en primer lugar establece que las comparecencias deben hacerse ordinariamente desde una oficina judicial: *“Los profesionales, así como la partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la Oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo. En el caso de disponer de medios adecuados, dicha intervención también se podrá llevar a cabo desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo”*.

Sin embargo, y regulando lo que viene siendo una práctica habitual especialmente después de la pandemia, se permitiría que *“Cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier lugar, siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente”*.



En todo caso, cuando el declarante sea menor o persona sobre la que verse un procedimiento de modificación o ayudas a su capacidad, la declaración por videoconferencia solo se podrá hacer desde una oficina judicial o juzgado de paz, en los términos del apartado 2.

Las víctimas de violencia de género, violencia sexual, trata de seres humanos, y víctimas menores de edad o con discapacidad podrán intervenir desde los lugares donde se encuentren recibiendo oficialmente asistencia, atención, asesoramiento y protección, o desde cualquier otro lugar si así lo estima oportuno el juez, siempre que dispongan de medios suficientes para asegurar su identidad y las adecuadas condiciones de la intervención conforme a lo que se determine reglamentariamente”.

Plantea serias dudas que esta amplitud prevista en el Anteproyecto para la Ley de Enjuiciamiento Civil pudiera ser aplicada al ámbito penal y que se permita en el futuro la celebración desde un domicilio o lugar privado donde no hay posibilidad de asegurar la indemnidad y seguridad del declarante, salvo en casos excepcionales. Menos aún en caso de diligencia transnacional en el que además no es admisible por las razones expuestas en el **supra 4**.

Otra cuestión que suele plantearse es la realización de la videoconferencia desde el centro penitenciario en el que se encuentre interno el declarante y tiene mucha relevancia el análisis de su legalidad en el caso de ejecución de una solicitud de cooperación internacional. Como se ha referido, el lugar desde donde se practique la declaración no es relevante siempre que se garantice el respeto de todas las garantías, especialmente el derecho de defensa y la presencia de la autoridad de ejecución.

En este punto es importante recordar la STS 678/2005, de 16 de mayo que anuló la sentencia de instancia considerando insuficientes y desproporcionadas las razones de seguridad alegadas por el tribunal para justificar la práctica de la declaración de los acusados desde el centro penitenciario y no en la sala de enjuiciamiento en la que se encontraban los letrados de la defensa. En todo caso el obstáculo no se planteó en relación con la idoneidad del centro penitenciario como lugar desde donde el interno puede prestar su declaración, sino que la sentencia incide en la necesidad de la valoración proporcional de las dificultades del traslado del interno y los beneficios de la inmediatez.

En lo que afecta a las diligencias de cooperación internacional, la valoración de la oportunidad del traslado desde prisión se plantearía únicamente en relación al lugar donde se encuentra la autoridad de ejecución. En este caso, la falta de inmediatez física con el tribunal enjuiciador se va a producir igualmente y, por tanto, el traslado no tiene el mismo efecto práctico, de forma que una valoración razonable y proporcional puede justificar evitar un traslado del interno a unas dependencias judiciales o de fiscalía donde no está la autoridad encargada de tomar declaración. En estos casos, o bien se traslada la autoridad judicial o su representante al centro



penitenciario o bien la autoridad de ejecución puede estar presente a su vez por videoconferencia. Lo importante es asegurar que el derecho de defensa esté debidamente garantizado con la presencia, del letrado de la defensa en el centro penitenciario junto al declarante, salvo que las circunstancias no exijan otra cosa, y la garantía de una comunicación previa confidencial como se expone más adelante en el **infra 8.5**.

6.2 Horario

La fijación de la hora debe tener en cuenta las diferencias de uso horario entre el estado de emisión y el de ejecución. La diferencia de uso horario puede generar la inevitable necesidad de adaptación y la celebración de declaraciones o vistas orales en horas fuera del horario habitual de trabajo ordinario.

El Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma de la que depende los medios del juzgado o fiscalía deben garantizar además de la disposición de los medios técnicos, la ayuda y la presencia de los funcionarios y técnicos en el momento de celebración de la diligencia, y llevar a cabo los arreglos oportunos para que puedan prestar la asistencia, aunque ello esté fuera de su horario ordinario de trabajo.

6.3 Citación del declarante, testigo o perito.

Tanto los convenios que regulan esta técnica, como la Directiva 41/2014 y el art. 216 de la LRM encomiendan la citación del declarante, ya sea imputado, acusado, testigo o perito a la autoridad de ejecución. La Directiva y el art. 216 de la LRM, que incorpora sus previsiones al derecho español, hablan diferenciadamente de la notificación de la medida a los testigos y peritos y de la citación al investigado o acusado.

La citación tanto de peritos, testigos o investigados y acusados se realizará conforme a la LECrim y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), que habilita incluso al fiscal para la adopción de la detención preventiva, si procediera, en caso de reiterada incomparecencia.

Es conveniente que las partes sean advertidas y notificadas igualmente de que la diligencia se va a practicar por videoconferencia. No obstante, la concreta notificación de esa circunstancia no es absolutamente imprescindible siempre que el testigo sea debidamente citado, dado que la ley no permite al testigo optar por una u otra forma de prestar su declaración y está igualmente obligado a hacerlo, cualquiera que sea el medio acordado por la autoridad judicial. En este sentido, la STS 172/2007, de 27 de febrero se pronuncia sobre la falta de información sobre que una declaración se iba a producir por videoconferencia como una simple irregularidad procesal puesto



que la práctica por este medio no supone vulneración alguna del derecho a la defensa.

Sin embargo, el conocimiento de que la diligencia se va a practicar por videoconferencia es absolutamente relevante en caso de investigados o acusados, respecto a los cuales el consentimiento, como hemos visto, es un elemento clave para valorar la procedencia de la declaración.

6.4 Videoconferencias de investigados y acusados. Consentimiento del investigado o acusado

Tal y como se ha mencionado en el apartado 4, al referirnos a la emisión de solicitudes, es posible igualmente la ejecución en España de solicitudes de videoconferencia para la toma de declaración a investigados o acusados más allá de la vigencia temporal de la Ley 3/2020, prevista hasta el 20 de junio de 2021.

El TEDH se ha pronunciado en varios casos sobre los problemas derivados de la audición de acusados por videoconferencia en el ámbito de procesos penales, estableciendo condiciones y limitaciones, pero sin rechazar esta práctica. Estas pautas deben ser tenidas en cuenta, aunque no se refieren a casos con el componente de auxilio judicial internacional. Cabe citar la STEDH de 5/10/2006 (*caso Marcello Viola c. Italia*) que considera adecuadas las garantías ofrecidas para su práctica en el procedimiento italiano y considera suficiente para garantizar su derecho de defensa la comunicación reservada telefónica con su abogado y la STEDH de 16/5/2016 (*Yevdomikov and others c Rusia*), que recuerda la necesidad de valoración en conjunto por el tribunal de las particularidades del caso para autorizar o no la presencia del acusado por videoconferencia, teniendo en cuenta la gravedad de la sanción solicitada, y especialmente la voluntad del acusado de estar presente, de forma que la decisión de uso de la videoconferencia debería estar suficientemente razonada una vez tomadas en consideración todas las circunstancias concurrentes.

Siguiendo esta doctrina, las conclusiones adoptadas en la reunión sobre videoconferencia organizada por la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado (UCIF), celebrada en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (CEJ) en mayo de 2012, ya destacaban la necesidad de valoración proporcional y adopción en auto judicial motivado la declaración del acusado en juicio oral a través de videoconferencia, indicándose: *“Cuando se trate de comparencias 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 comparencia 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”

En relación con el consentimiento, dos cuestiones deben ser abordadas: de un lado, la regulación que la legislación española hace del mismo en relación a la mayoría de los instrumentos internacionales; de otro, el momento de su prestación.

Nuestra LECrim, como ya se ha mencionado, no exige el consentimiento del investigado o acusado para la declaración por videoconferencia, algo que venía siendo una particularidad en el ámbito comparado en los Convenios internacionales y en la Directiva de la OEI, que suelen considerar el consentimiento del investigado o acusado como requisito necesario para admitir su declaración por videoconferencia en diligencias trasfronterizas (*vid supra 3.1*).

Conforme a lo expuesto en el *supra 4*, la Ley 3/20 impone en el art. 21 una restricción antes inexistente y otras limitaciones de forma que, en primer lugar, no se admite la presencia del acusado por videoconferencia en casos de enjuiciamiento de delitos graves y, en segundo lugar, dependerá de consentimiento del investigado o acusado la celebración por videoconferencia de la comparecencia del art. 505 de la LECrim y de los juicios en los que se solicite pena superior a dos años de privación de libertad. Ello no obstante, en la ejecución de una OEI, la limitación de la videoconferencia para los delitos graves no debería necesariamente impedir la celebración de una declaración solicitada a un investigado o acusado por videoconferencia, aunque lo sea por delito grave, cuando este haya prestado su consentimiento, en tanto que no existe motivo de denegación en la LRM ni en la Directiva 41/2014, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley tiene una aplicación temporal y está basada en la circunstancia de la pandemia, que no tiene relación con las circunstancias por las que se hayan solicitado las declaraciones por esta vía en la cooperación internacional.

En consecuencia, en relación con la ejecución de OEIs en España, el mero hecho de que la videoconferencia haya resultado limitada a nivel nacional como consecuencia de la reciente modificación normativa, no puede operar automáticamente en el ámbito de la asistencia internacional como causa de denegación “por ser contraria a los principios fundamentales del Estado de ejecución”, dado que la posibilidad existía antes de la reforma también a nivel nacional, ni puede afirmarse que la modificación haya obedecido a una reconfiguración de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, sino de una opción de política legislativa ajena a tales principios.

La contradicción que deriva de esta nueva normativa que impone, como decíamos, una restricción hasta ahora inexistente debería interpretarse en el sentido de que el art. 14 se refiere a los juicios a celebrar en España y en los que por las circunstancias de la pandemia se opta por la celebración virtual, pero no deberían denegarse automáticamente las solicitudes procedentes de un país de la UE a través



de la OEI cuando consta el consentimiento del acusado, incluso cuando se trate de delitos graves. Dicho consentimiento debe entenderse como el eje central sobre el que pivote la admisión de las solicitudes de realización de videoconferencias en delitos que superen los cinco años de privación de libertad conforme a la legislación del Estado de emisión en el caso de que el legislador español opte por consagrar la limitación temporal recogida en la Ley 3/20, ya que consintiendo el investigado o acusado difícilmente se vería afectado su derecho a la tutela judicial efectiva, que es el único límite que impediría ejecutar el instrumento, de conformidad con el art. 21.1. 2º de la LRM. Las consecuencias de no permitir su presencia en ausencia son más perjudiciales obligando a emitir una OEDE - o una OEI para el traslado conforme al artículo 22 de la Directiva y 195 LRM si se trata de personas privadas de libertad- que puede no ser oportuna en algún caso.

El resto de los supuestos en los que el art. 21 de la Ley 3/20 establece límites vienen determinados por el consentimiento del acusado o investigado, por lo que la aplicación de lo dispuesto en la regulación de la OEI es perfectamente compatible con lo dispuesto en estas normas. Por tanto, si el acusado o la defensa solicitan la celebración presencial como prevé la Ley 3/20 es evidente que no hay consentimiento por lo que no debería ni emitirse una OEI para su declaración desde otro país por videoconferencia, ni tampoco podría practicarse en España la solicitada por OEI, salvo causas excepcionales y justificadas como menciona esta Ley. Procedería, por tanto, en caso de falta de consentimiento, una valoración concreta ponderando esas circunstancias justificadas, sin cuya concurrencia deberá ser denegada conforme dispone el art. 216.1 LRM.

En relación con las comisiones rogatorias basadas en algún convenio o en la reciprocidad, en principio, aunque España no haya hecho declaración excluyendo la celebración de videoconferencias para la audición del acusado en juicio, la valoración debería seguir el mismo criterio de ponderación casuística y tomar como elemento esencial el consentimiento del acusado o imputado y no referencias a la gravedad de la pena solicitada en el Estado de emisión. De forma que, si no hubiera ese consentimiento, la denegación siempre podría acogerse al motivo de ser contrario a nuestro ordenamiento.

Un segundo aspecto a analizar es el momento de la prestación del consentimiento. Cuando se trata de la declaración de investigados o acusados, tanto la Directiva 41/14 como el certificado de la OEI parecen partir de que, en los supuestos de solicitud de videoconferencias, el consentimiento conste ya prestado ante las autoridades de emisión. Ello, no obstante, no debería haber obstáculo a que ese consentimiento se otorgue o se deniegue expresamente ante la autoridad de ejecución o en el momento de recibir la citación. En la práctica, teniendo en cuenta que el acusado o imputado reside en el extranjero, sería poco razonable remitir una OEI para recoger su consentimiento y posteriormente otra para realizar la diligencia. Si ese consentimiento ya constara, a través de su defensa o directamente del imputado o acusado, podría hacerse constar en el certificado (apartado H2) ese



consentimiento; en otro caso, corresponderá a la autoridad de ejecución asegurarse de que existe.

En lo relativo a la ejecución debe hacerse la misma previsión: si a la autoridad de ejecución no le consta que el consentimiento esté prestado fehacientemente, deberá requerirlo y hacerlo constar en el acta.

6.5 Asistencia letrada

Cualquier declaración de un imputado o acusado por videoconferencia solicitada a través de los mecanismos de asistencia judicial internacional debe garantizar debidamente su derecho a la defensa y la debida concurrencia de la asistencia letrada y la efectividad de la misma.

Esta efectividad exige que el declarante tenga a su disposición una comunicación previa y reservada con su letrado, que se garantiza fácilmente en el caso de que el letrado se encuentre en el mismo lugar del declarante. Sin embargo, en muchas ocasiones el letrado se encuentra en el lugar donde se ubica el tribunal o la autoridad judicial que solicita la declaración, por lo que la comunicación reservada deberá asegurarse también por la autoridad que dirige el acto, facilitándola a través de la propia videoconferencia, el teléfono o cualquier medio oportuno y de forma previa, asegurando además la completa confidencialidad de la misma. En algún caso y teniendo en cuenta las circunstancias, la autoridad judicial podría autorizar la presencia de un segundo letrado junto al declarante para garantizar la debida asistencia.

Es relevante recordar el considerando 23 de la Directiva 13/48 de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad que recuerda que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones prácticas sobre la duración, la frecuencia y los medios de la comunicación con el letrado, incluido el uso de la videoconferencia y otras tecnologías de la comunicación con el fin de que pueda tener lugar tal comunicación, siempre que dichas disposiciones prácticas no vayan en detrimento del ejercicio efectivo ni del contenido esencial del derecho de esas personas a comunicarse con sus letrados.

Sobre la asistencia letrada en la declaración a través de videoconferencia y su efectividad se ha pronunciado en varias ocasiones el TEDH en Sentencias de 26-6-2008 como la del caso *Shulepov c. Rusia*, y de 2-11-2010 caso *Sakhnovskiy c. Rusia*, concluyéndose que la audición de un acusado por videoconferencia sin garantizar una línea de comunicación segura con su abogado o la presencia de otro abogado



en el lugar desde el que se produjo la comunicación vulnera el derecho a un proceso equitativo reconocido por el art. 6.1 y 3 CEDH.¹⁹

La comunicación a través de la videoconferencia puede incluso ser relevante en relación con la OEDE y la posibilidad que la Directiva 13/48 prevé sobre el derecho del reclamado a solicitar el nombramiento de un abogado en el estado emisor, derecho que nuestro ordenamiento recoge en el art. 50 de la LRM. Pues bien, la efectividad de la tarea de defensa que corresponde al letrado en el estado de emisión puede requerir una comunicación del reclamado previa o posterior, por videoconferencia, con este letrado o incluso la comunicación por videoconferencia entre los dos letrados para garantizar debidamente que la defensa esté coordinada y sea efectiva. Las autoridades de ejecución deben ser las que faciliten los medios para que esas comunicaciones se lleven a cabo.

6.6 Procedimiento de ejecución de la videoconferencia solicitada a través de la cooperación internacional

Una vez recibida la CRI o la OEI por el fiscal solicitando la celebración de una videoconferencia se debe proceder a la ejecución si no concurren causas generales de rechazo.

Aunque la regulación española no exige, como decíamos, el consentimiento del acusado o imputado para su declaración por videoconferencia, la LRM considera como causa de denegación potestativa la falta de dicho consentimiento (art. 216.1 in fine). Como ya se mencionó en **supra 6.4** el fiscal, por tanto, deberá valorar con especial cuidado la ausencia de consentimiento y más aún cuando se da una negativa expresa y justificada por parte del citado para declarar en esa condición.

¹⁹ La Guía del art. 6 del CoE dice: Confidential communication with a lawyer: The right to effective legal assistance includes, inter alia, the accused's right to communicate with his lawyer in private. Only in exceptional circumstances may the State restrict confidential contact between a person in detention and his defence counsel (Sakhnovskiy v. Russia [GC], § 102). If a lawyer is unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without surveillance, his assistance loses much of its usefulness (S. v. Switzerland, § 48; Brennan v. the United Kingdom, § 58). Any limitation on relations between clients and lawyers, whether inherent or express, should not thwart the effective legal assistance to which a defendant is entitled (Sakhnovskiy v. Russia [GC], § 102).

470. Examples of such limitations include the tapping of telephone conversations between an accused and his lawyer (Zagaria v. Italy, § 36); obsessive limitation on the number and length of lawyers' visits to the accused (Öcalan v. Turkey [GC], § 135); lack of privacy in video-conference (Sakhnovskiy v. Russia [GC], § 104; Gorbunov and Gorbachev v. Russia, § 37); supervision of interviews by the prosecuting authorities (Rybacki v. Poland, § 58); surveillance by the investigating judge of detainee's contacts with his defence counsel (Lanz v. Austria, § 52); supervision of communication between the accused and the lawyer in the courtroom (Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, §§ 642-647), and impossibility to communicate freely with a lawyer due to threat of sanction



El resto de las declaraciones de investigados o acusados sin consentimiento deberán ser también valoradas adecuadamente (*vid supra 6.4*). Como ahí se ha expuesto, la Ley 3/20 exige – hasta el 20 de junio- el consentimiento en casos de las comparecencias para la adopción de la medida cautelar de prisión o en los juicios en los que se soliciten penas superiores a los dos años, aunque admite razones justificadas para que se lleven a cabo incluso sin ese consentimiento. Hay que tener en cuenta que la negativa a la prestación de esa declaración por videoconferencia puede conducir a una situación más perjudicial para al acusado que podría ser reclamado a través de una OEDE, por lo que antes de la denegación sería necesario informar debidamente al citado como declarante en relación a las consecuencias que podrían derivarse de la falta de consentimiento e incluso, como ya se mencionó, considerar el factor transnacional como causa justificada para llevar a cabo la declaración por videoconferencia pese a la falta de consentimiento teniendo en cuenta que la causa de denegación se plantea en el art. 216 como potestativa.

La declaración comienza con la identificación del declarante que corresponde a la autoridad de ejecución, en este caso al fiscal. La ausencia de letrado de la administración de justicia en las fiscalías impide que la identificación se lleve a cabo por estos y deberá realizarse directamente por el fiscal, que debe asegurarse de la identidad de la persona conforme dispone el art. 216. 2 c) de la LRM. Aunque la regulación de la OEI y la LRM encargan la tarea de identificación del declarante a la autoridad de ejecución, es evidente que es una tarea en la que puede y debe colaborar la autoridad de emisión si conoce o tiene información precisa sobre la identidad del declarante.

El art. 216.3 a) dispone que la autoridad española competente debe estar presente. Aunque, el art. 24.5 de la Directiva en el apartado a) se refiere a un representante de la autoridad competente, lo que a primera vista podría parecer que permite una interpretación flexible de la presencia personal de la autoridad de ejecución, lo cierto es que la versión inglesa (la versión negociada) no hace referencia más que a la autoridad competente y no permite la delegación. Debe tenerse en cuenta que la LRM recuerda que la razón de su presencia es, además de la identificación del declarante, la obligación de velar por el respeto al ordenamiento jurídico español.

La presencia de la autoridad judicial española junto al declarante no tiene por qué ser necesariamente física, sino que cuando concurren razones que lo justifiquen la presencia de la autoridad judicial puede ser también virtual. Un caso que se da habitualmente, y especialmente durante la pandemia, es que algunas declaraciones se han producido desde establecimientos penitenciarios donde se encuentre el declarante, evitando, cuando las circunstancias lo aconsejen y no exijan otra cosa, desplazamientos innecesarios a la sede del tribunal. En estos casos, el propio centro penitenciario contribuye a facilitar la identificación y a asegurar las condiciones de libertad y seguridad en las que se presta la declaración.



6.7 Dirección del acto procesal por videoconferencia.

Conforme a lo dispuesto en la regulación de la OEI en el art. 216 LRM, la declaración se practicará bajo la dirección de la autoridad de emisión, es decir de la autoridad encargada de la investigación o de presidir el juicio oral. Por tanto, es el juez o fiscal que dirige la investigación en la que se realiza el interrogatorio el responsable de formular las preguntas y dirigir el interrogatorio conforme a las normas de procedimiento de su propio estado, siguiendo para la práctica del interrogatorio el orden de intervenciones impuesto en su propia regulación procesal.

La participación de la autoridad judicial española -en este caso del fiscal como autoridad de ejecución- en la declaración es auxiliar respecto a la investigación a la que lógicamente es ajeno y como ya se ha mencionado, su función principal es asegurar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en el derecho español.

6.8 Garantías: lectura de derechos

Corresponde también al fiscal que ejecuta la declaración por videoconferencia informar con antelación al compareciente de sus derechos conforme al ordenamiento español y también los que le corresponden conforme al derecho del estado de emisión. Obviamente, la autoridad de emisión debe informar en su solicitud, o bien posteriormente cuando se acuerdan las medidas prácticas para llevar a cabo la videoconferencia, de cuáles son los derechos que corresponden al compareciente como acusado o investigado, o como perito y testigo.

La información de los derechos se regula en dos fases en las que se combinan o, mejor dicho, se suman los derechos procesales de ambos países, siendo de especial interés la existencia de dispensas de declaración, pero también otros como la asistencia de intérpretes o abogados. Por ello, aunque la Directiva de la OEI y de la LRM solo hacen referencia a la información de derechos procesales que le corresponden en el estado de emisión y que debe hacerse en el momento de la citación, con el objeto de que pueda acogerse efectivamente a las garantías procesales, los fiscales deben informar también de los derechos que corresponden al declarante en España, especialmente la necesidad de comparecer con abogado para cualquier investigado o acusado, con expresa mención de que en otro caso se le nombrará un abogado de oficio.

Aunque la regulación de la LRM se refiera solo a la OEI, esta información de derechos es igualmente aplicable a las declaraciones que se practiquen por el fiscal en ejecución de una comisión rogatoria. Es bastante común la recepción de solicitudes de asistencia judicial internacional para la declaración de personas en condición de testigos que, sin embargo, tras una lectura de los hechos permite fácilmente identificar su condición como investigados o así serían considerados en el



derecho español, por lo que es imprescindible que el fiscal realice esa valoración de la condición del declarante para garantizar su derecho de defensa conforme al derecho español.

En los casos en los que se observa esta divergencia en la consideración procesal del declarante es conveniente advertir previamente a la autoridad de emisión de que en España la persona que va a ser oída tendría la condición de investigado y que, por tanto, no tendrá obligación de decir verdad y le corresponden otros derechos, como por ejemplo el de ser asistido por un letrado. La modificación de esta condición podría afectar a la petición de la autoridad de emisión que podría retirar la solicitud en ese caso. Por tanto, procede comunicar esta circunstancia y dialogar con la autoridad de emisión de la forma más adecuada, bien sea directamente o acudiendo a solicitar la ayuda de magistrados de enlace, Red Judicial Europea (RJE) o Eurojust para que la autoridad de emisión confirme si considera oportuno proseguir con su solicitud y con la declaración en el nuevo concepto de investigado.

Las previsiones legales de dispensas a declarar pueden también ser diferentes y los convenios y la Directiva de la OEI consideran aplicables igualmente las dispensas que puedan concurrir en cualquiera de las dos legislaciones. Así, por ejemplo, el art. 10 del Convenio 2000 y el art. 24. 5 de la Directiva 41/2014 que prevén que, 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.

En relación con la OEI, el art. 216 3 e) de la LRM establece *que con carácter previo se informará a los testigos o peritos de los derechos procesales que les asisten al amparo tanto del Derecho del Estado de emisión como del español incluido el derecho a no declarar cuando así se disponga.*

6.9 Traducciones e intérpretes

El derecho del declarante investigado o acusado a ser asistido por un intérprete es parte del art. 6 del CEDH, conforme a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Directiva 2010/64 de 20 de octubre *relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales* concreta cómo aplicar este derecho en la práctica con vistas a cumplir las garantías del debido proceso. La LECrim regula también en el art.123 y siguientes el derecho de acusados e investigados a la traducción e interpretación.

La Directiva 2010/64 desarrolla el derecho de aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento a contar con traducción e interpretación de forma que las autoridades deben garantizar la asistencia lingüística gratuita que permita a los sospechosos o acusados el pleno ejercicio de una defensa efectiva.



Para ello, como dispone el art. 123.1 a y b) se debe garantizar la interpretación no solo de todas las sesiones del juicio oral sino también de todas las comunicaciones entre el investigado o acusado y su abogado, de forma que el sospechoso pueda dar su versión de los hechos al abogado, y poner en conocimiento del mismo cualquier hecho que deba alegarse en su defensa. Por ello, debe poder ser interpretada toda comunicación con su defensa, tanto en la asistencia inicial como en la preparación de cualquier interrogatorio o vista judicial o para la redacción de posibles recursos u otras solicitudes procesales.

El art. 2.6 de la Directiva y el art.123.5 de la LECrim permiten, cuando proceda, que la interpretación se realice a través de la videoconferencia, salvo cuando se requiera la presencia física del intérprete con miras a salvaguardar la equidad del proceso. Esta posibilidad permite facilitar el acceso a la interpretación en caso de traducción a idiomas menos habituales y sin duda, procede recordar que el considerando 28 de la Directiva señala que para ello cabe aprovechar los instrumentos desarrollados en el marco de la Justicia en red europea (por ejemplo, información sobre tribunales con instalaciones o manuales de videoconferencia).

De hecho, es cada vez más frecuencia la interpretación a través de la videoconferencia, lo que permite mejorar la calidad de la interpretación y acelerar la localización de intérpretes de lenguas minoritarias e infrecuentes en el lugar de la declaración ²⁰.

Además de lo anterior, cuando se trata de asistencia judicial hay que tener en cuenta que la interpretación puede ser necesaria igualmente para las autoridades intervinientes. Efectivamente, las diferencias lingüísticas entre las autoridades judiciales requieren en muchos casos que la autoridad de ejecución sea asistida por un intérprete para que comprenda el acto que se está llevando a cabo en su presencia y sobre todo para asegurar que puede ejercer su rol esencial de garante de los derechos fundamentales del declarante.

El art. 216 de la LRM hace referencia al intérprete que asista a la autoridad judicial de ejecución en el apartado 3 a) y a la que asiste al declarante en el apartado 3 d) y aunque en muchos casos será necesario un solo intérprete, la práctica puede llegar a plantear todo tipo de situaciones y no es infrecuente la necesidad de dos o más intérpretes, especialmente cuando el declarante no habla no español y tampoco el idioma en el que se desarrolla la declaración en el estado de la investigación.

²⁰ La UE ha desarrollado el proyecto AVIDICUS centrado en evaluar la fiabilidad y calidad de la interpretación medida por vídeo en procedimientos penales, a fin de mejorar la cooperación judicial en Europa. El proyecto busca mejorar el método y la formación de los intérpretes para contar con profesionales con conocimientos adaptados a las necesidades del proceso penal.



En cuanto a la autoridad que debe facilitar la interpretación, la LRM obliga a proporcionar los medios necesarios a la autoridad de ejecución. Generalmente el intérprete asiste al declarante en el mismo lugar de la declaración junto a la autoridad de ejecución. Sin embargo, como ya se ha mencionado y dispone el art. 2.6 de la Directiva, así como el art. 123.5 de la LECrim, nada impide que en la práctica el intérprete actúe a través de videoconferencia desde el lugar donde se encuentra la autoridad de emisión o desde cualquier otro lugar cuando las circunstancias no permitan o aconsejen el desplazamiento.

6.10 Grabación y documentación de la diligencia y gastos

La grabación de la vista o la declaración por videoconferencia normalmente corresponde a la autoridad de emisión, aunque si fuera necesario la autoridad de ejecución podría colaborar en la misma.

En todo caso, curiosamente en estos tiempos de digitalización de la administración de justicia, tanto la Directiva en el art. 24.6 como el art. 216 LRM se preocupan de la documentación a través de un acta tradicional que debe levantar la autoridad de ejecución, en la que deben figurar los datos de fecha y lugar, la identificación de los declarantes y la constancia de las condiciones técnicas. Esta acta, que es independiente de las posibles grabaciones que se lleven a cabo, se debe transmitir a la autoridad de emisión y lo ordinario es que se remita también por medios electrónicos.

Los gastos de ejecución de la videoconferencia corresponden al estado de ejecución, siguiendo el régimen general de todos los instrumentos de reconocimiento mutuo que se contiene en el art. 25 de la LRM, que dispone que, en el caso de que los gastos de ejecución se prevean extraordinarios, la autoridad de ejecución española lo trasladará al Ministerio de Justicia a los efectos de proponer al estado de emisión un reparto de gastos. Los gastos de videoconferencia no suelen ser extraordinarios, máxime en los momentos actuales en que las conexiones no se llevan a cabo por comunicación telefónica, sino a través de internet, y los gastos más notables suelen ser los correspondientes a la interpretación que, como decíamos, son muy frecuentemente proporcionados voluntariamente por la autoridad de emisión.

6.11 Consecuencias penales de la declaración o de la inasistencia

Tradicionalmente la imposibilidad de hacer comparecer a testigos o investigados residentes en otros países ha sido un impedimento derivado de la prohibición de coacción y de la falta de previsión en los convenios y normas internas que no permitían a la autoridad de ejecución imponer sanciones o adoptar medidas



para asegurar la declaración solicitada por una autoridad de otro país a través de la videoconferencia.

La Directiva 41/2014 establece en el art. 24.7 que *“cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que en caso de que la persona que deba ser oída en su territorio por videoconferencia se niegue a prestar testimonio estando sometida a la obligación de testificar o no preste testimonio veraz se le aplique su derecho interno del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado en un procedimiento nacional”*.

Esta disposición se desarrolla en el art. 216.5 de la LRM que establece que *“se aplicará el ordenamiento jurídico español del mismo modo que si la comparecencia se hubiera celebrado en un proceso nacional”*.

Cuando el fiscal es la autoridad de ejecución, como sucede en la mayoría de los casos, salvo que la videoconferencia vaya acompañada de otra solicitud de diligencia que afecta a los derechos fundamentales, la falta de asistencia a la citación del testigo no puede dar lugar a las consecuencias del art. 420 de la LECrim por falta de previsión legal. Sin embargo, el EOMF si permite la adopción de la detención preventiva, que de alguna forma se corresponde con la medida prevista en el art. 420 para la conducción ante el juez del testigo que se niegue a asistir a la citación.

7. Reconocimiento en rueda a través de la videoconferencia

Aunque ni los Convenios ni la Directiva de la OEI se refieren expresamente a la práctica de reconocimientos en rueda a través de la videoconferencia, podrían entenderse comprendidas dentro de la diligencia general de declaración de los testigos. En la práctica, es altamente infrecuente la realización de videoconferencia para la práctica de una rueda de reconocimiento a través de la cooperación internacional, pero conviene mencionar que cuando se dan circunstancias que lo justifiquen no habría obstáculo para practicarla.

Desde el punto de vista interno y especialmente durante la pandemia se están practicando ruedas de reconocimiento en las que el testigo participa vía videoconferencia. El TS se ha pronunciado por auto de 2 de febrero de 2012, no observando obstáculo al afirmar que *“Respecto a las diligencias de reconocimiento en rueda efectivamente se realizaron por videoconferencia, pero ello no las invalida como se pretende por los recurrentes, pues, como se razona en la sentencia, ante la misma denuncia formulada en la instancia esa forma de practicarlas obedece o se justifica por la dificultad o imposibilidad de encontrar en pequeñas poblaciones personas que guarden semejanza con los sospechosos, y en todo caso se respetaron*



todas las garantías y llevaron a cabo en presencia del Juez y del letrado que asistía a los detenidos, quien no manifestó objeción alguna ni formuló protesta”.

Sin duda evitar el desplazamiento del testigo desde el extranjero puede ser una de las razones para que utilice la videoconferencia para esta diligencia tanto desde el punto activo como pasivo.

8. Declaración de testigos y peritos por teléfono.

La audición de peritos o testigo por conferencia telefónica es una diligencia extraña y completamente desconocida en nuestro procedimiento criminal. Si ha habido algún contacto con esta diligencia viene precisamente en el ámbito de la cooperación judicial internacional, puesto que ya desde hace años está recogida en convenios como el Convenio 2000 de la UE, en su art. 11, y aparece también en el art. 10 del Segundo Protocolo de 2001 al Convenio de asistencia mutua en materia penal de 1959 del Consejo de Europa. La Directiva 41/2014 regula la solicitud y práctica de estas diligencias en el art. 25 y la LRM la menciona de forma hipotética en la disposición adicional sexta.

Es importante tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 25 de la Directiva de la OEI, esta diligencia se practica conforme a las normas establecidas para la videoconferencia por lo que la única diferencia en realidad estriba en que se prescinde de la imagen limitándose a la transmisión de la voz.

La LOPJ, en su artículo 229.3 determina que las actuaciones judiciales pueden llevarse a cabo “a través de videoconferencia u otro sistema que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal”; la exigencia de la transmisión de imagen y sonido se refleja igualmente en la LECrim, en sus arts. 306 (comparecencias del fiscal), 325 y 731.bis (comparecencias de investigado, testigo o perito). La comunicación telefónica solo se prevé expresamente para la asistencia letrada (art. 520.2.c), aunque se puede entender incluida para la asistencia del intérprete, dado que el art. 123.5 hace referencia a “cualquier medio de telecomunicación”.

La falta de previsión legal de la conferencia telefónica como forma de obtener declaraciones en nuestro ordenamiento llevó al legislador español a referirse a ella de una forma condicional, en una disposición adicional y disponiendo normas para su posible uso en la práctica de diligencias transnacionales, pero solo si en algún momento se llegara a regular en el derecho interno español. Así, señala la disposición adicional 6 de la LRM:



“En el caso de que la declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica sea introducida en la legislación procesal penal española, regirán las siguientes reglas para la emisión y ejecución de una orden europea de investigación que contemple dicha medida:

a) Cuando la autoridad española competente que esté conociendo de un proceso penal en España considere necesario oír, como testigo o perito, a una persona que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, emitirá una orden europea de investigación para que la declaración del testigo o perito se realice por conferencia telefónica, siempre que no considere más conveniente que la persona comparezca personalmente en su territorio y no hubiera sido posible utilizar otro medio más adecuado.

b) Salvo acuerdo en sentido contrario, el procedimiento para declaración de testigos o peritos por conferencia telefónica, tanto para la emisión como para la ejecución de una orden europea de investigación que incluya dicha declaración, se regirá por lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 216.”

Basado en los artículos mencionados de los Convenios y de la Directiva se han venido recibiendo solicitudes de autorización de conferencias telefónicas especialmente de Suecia²¹ que tiene una amplia regulación de esta forma de oír a peritos y testigos y que la consideran válida incluso sin remitir solicitud de asistencia judicial internacional, siempre que el estado donde se ubique el declarante lo permita y contando siempre y en todo caso con el consentimiento del declarante. Las peticiones recibidas incluyen simplemente la solicitud de autorización para realizar la llamada y tomar declaración a través del teléfono, sin requerir normalmente ninguna intervención de la autoridad española de ejecución más allá de la autorización.

Sin embargo, en general y fuera de estas peticiones de Suecia, o más puntualmente de algún otro país, es bastante desconocida la solicitud de esta diligencia y, sobre todo, teniendo en cuenta la actual facilidad y accesibilidad de las videoconferencias, por lo que no tiene demasiado sentido recurrir al teléfono para recibir declaraciones.

Curiosamente, el art. 22.3 de nuestra LRM menciona a las audiencias por teléfono y lo hace además en relación con los investigados cuando indica: *“El ejercicio del derecho de audiencia del imputado a lo largo del procedimiento podrá llevarse a cabo a través de la aplicación de los instrumentos de Derecho internacional o de la Unión Europea que prevean la posibilidad de realizar audiencias mediante teléfono o videoconferencia”*. No tiene sentido esta mención porque justamente los Convenios y la Directiva que regulan la audición por teléfono lo hacen solo para peritos y testigos por lo que se trata de una mención inocua y sin aplicación práctica.

Conforme a la legislación española no cabe que una autoridad judicial emita una OEI en sus investigaciones para la audiencia por teléfono porque carece de

²¹ International Legal Assistance in Criminal Matters Act (2000:562)



regulación y no se adapta a las garantías requeridas de la práctica de prueba. Desde el punto de vista pasivo, la recepción de una OEI solicitando recibir declaración por teléfono a un testigo o perito no la podrá practicar, de conformidad con lo que dispone el art. 206.3 de la LRM que solo prevé la ejecución de la medida solicitada si ésta existiera en el Derecho español y estuviera prevista en un caso interno similar.

Aunque es cierto que esta medida que, de alguna forma y algún autor entiende, está incluida dentro de las medidas no invasivas de ejecución obligatoria previstas en el art. 10 de la Directiva, lo cierto es que el artículo siempre remite a la definición del estado de ejecución y su obligación no es tan automática como pudiera parecer. Basta pensar que el art. 10, entre las medidas de ejecución obligatoria, se refiere en general a la necesidad de práctica de las declaraciones de testigos, peritos, víctimas, investigados y acusados, lo que obviamente no puede entenderse automático e incondicionado pues se exigirá en muchos estados, por ejemplo, el consentimiento del acusado o incluso no se podrá practicar en muchos países la audiencia del acusado en juicio oral. Esto nos indica que la obligatoriedad del art. 10 de la Directiva no es total e incondicionada, sino que la Directiva plantea que la diligencia en sí misma tiene que existir y ser practicables en el caso, pero solo en las condiciones previstas en el estado de ejecución.

Por ello, en España, la absoluta falta de previsión de esta diligencia y la facilidad de convertirla en otra distinta como es la videoconferencia, aconseja informar a la autoridad de emisión que la diligencia telefónica es ajena a nuestro derecho y la declaración no podrá llevarse por teléfono, sino que, sin denegarla, salvo que proceda por otro motivo, se debe convertir en una declaración a través de videoconferencia. La falta de comunicación bidireccional entre imagen y sonido es un argumento esencial.

La propia Directiva de la OEI aborda la posibilidad de la conferencia telefónica de una manera residual y restrictiva al señalar en el art. 25.1 que se podrá acudir a ella “tras haber examinado otros medios adecuados”. Entendemos que las autoridades españolas que reciban OEIs para la práctica de conferencia telefónica deben ser especialmente activas en la búsqueda de soluciones alternativas que resulten más acordes con el derecho nacional, dado que, a diferencia de lo que acontece con la videoconferencia, el hecho de que la diligencia sea contraria a los principios fundamentales del estado de ejecución no se prevé como causa específica de denegación.

Así, y pese a la previsión establecida en la disposición adicional señalada, bien podría decirse que la LOPJ y la LECrim exigen expresamente que en el proceso de telecomunicación debe existir interacción entre imagen y sonido en las declaraciones de intervinientes en el proceso penal; la omisión de la referencia a la conferencia telefónica (salvo en las excepciones mencionadas) no es baladí y consideramos que las exigencias propias del principio de inmediación, ya comprometido en cierto modo con la práctica de la videoconferencia, exige limitaciones en el uso de los recursos



tecnológicos, desterrando la mera conferencia telefónica por no garantizar suficientemente las garantías procesales, por lo que la colisión con los referidos principios fundamentales puede defenderse. Pero, como se ha señalado, dado que no nos encontramos ante una causa de denegación, la propuesta de la videoconferencia o de una declaración tradicional se impone como procedimiento a seguir.

Otra cuestión es la recepción de solicitudes interesando solo la autorización para oír a un testigo o perito por teléfono, como remite en ocasiones Suecia, sin contar con la participación de la autoridad de ejecución. Dichas solicitudes son ajenas a las previsiones de la OEI que, como decimos, remite a las normas de la videoconferencia y por tanto exige la necesaria participación de la autoridad de ejecución o su representante. Por tanto, no podrá autorizarse esa diligencia sino, convertirla en una declaración ordinaria por videoconferencia en los mismos términos que se expuso anteriormente

Finalmente, se ha de indicar que el proceso de “transformación” de la conferencia telefónica a videoconferencia no exige la emisión de una nueva OEI, sino que basta con que exista acuerdo entre las autoridades de emisión y ejecución del que quede constancia fehaciente por cualquier medio escrito.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los arts. 229.3 y 230.1 de la LOPJ y los arts. 325 y 731 bis de la LECrim permiten el uso de la videoconferencia en el proceso penal para la declaración de testigos, peritos, investigados y acusados siempre que se den razones de utilidad, seguridad u orden público o sea necesaria la superación de las dificultades derivadas de posibles desplazamientos. Por estas razones, la videoconferencia es una vía especialmente idónea para la práctica de declaraciones de testigos, peritos y, con algunas limitaciones, de investigados y acusados que se encuentren en el extranjero, debiendo solicitarse a través de los instrumentos de cooperación internacional que resulten aplicables. Es una técnica que ahorra tiempo y costes, evitando desplazamientos innecesarios, por lo que deber ser medio preferente para la práctica de estas diligencias personales.

SEGUNDA. No obstante lo anterior, las disposiciones específicas adoptadas por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la administración de justicia, impiden en España, hasta el 20 de junio de 2021, el uso de la videoconferencia para la audición de acusados en el juicio oral en caso de juicios por delitos graves (art. 14.2). Por tanto, las autoridades judiciales españolas no deberán emitir solicitudes de videoconferencia a través de instrumentos de cooperación internacional para la presencia del acusado en juicio oral cuando se soliciten penas superiores a cinco



años de privación de libertad u otras previstas en el art. 33. 2 del Código Penal. Después del 20 de junio de 2021 y mientras no se modifique la norma procesal, no hay obstáculo legal para emitir solicitudes que superen este umbral penológico, aunque deberá valorarse con prudencia todas las circunstancias concurrentes y en todo caso debe evitarse si el acusado no consiente

TERCERA. La solicitud de videoconferencia para las comparecencias o declaraciones de personas que residan o se encuentren en otro país es una actividad procesal que exige un acto formal de cooperación internacional y debe necesariamente solicitarse a través de una comisión rogatoria o una OEI, sin que puedan acordarse directamente con el declarante y practicarse sin intervención de la autoridad competente del país donde se encuentre. Las representaciones diplomáticas en el extranjero no tienen por función la organización de comparecencias y no procede la celebración de videoconferencias en sus sedes salvo que, por solicitud de la autoridad de ejecución, puedan facilitar dichas oficinas y medios, debiendo en todo caso estar presentes la autoridad de ejecución

CUARTA. El Ministerio Fiscal puede solicitar la declaración a través de videoconferencia de testigos, peritos o investigados en sus diligencias de investigación, en los expedientes de menores o en el procedimiento de decomiso autónomo.

QUINTA. En los casos en que la solicitud se fundamente en algún convenio multilateral es necesario comprobar las declaraciones y reservas del estado requerido, teniendo en cuenta la extendida limitación en relación con las declaraciones por videoconferencia de investigados y acusados y, especialmente, la exigencia de consentimiento de estos.

SEXTA. La declaración por videoconferencia de una persona privada de libertad en el extranjero debe ser preferible a la solicitud de su traslado temporal prevista en el art 195 de la LRM o en aplicación de otros instrumentos. El traslado solo procedería cuando constase el consentimiento del trasladado y se apreciase expresamente la necesidad de su presencia en España. Si se trata de un traslado para enjuiciamiento debería también optarse por su presencia por videoconferencia cuando la pena solicitada no sea superior a 2 años antes que por emisión – si procediera- de una OEDE o una solicitud de extradición. Debería optarse también por su participación virtual en los casos de petición de pena superior, antes de acudir al traslado temporal, cuando las circunstancias lo aconsejen por ejemplo para la ratificación de una conformidad antes del inicio del juicio oral.

SÉPTIMA. En ejecución de instrumentos de cooperación internacional, las normas aplicables en España son, de un lado, el art. 216 de la LRM para videoconferencias solicitadas por OEI y, de otro, los convenios internacionales y el principio de reciprocidad para el resto de solicitudes de países no vinculados por la Directiva de la OEI, pudiendo servir en estos supuestos la regulación de la LRM de orientación,



mientras no se cuente con una Ley de Cooperación Penal Internacional. Las normas españolas aplicables consagran el principio de *locus regit actum* para la ejecución de cualquier declaración solicitada por la autoridad extranjera que deberán interpretarse conjuntamente con las disposiciones de los instrumentos internacionales aplicables.

OCTAVA. El fiscal es la autoridad legitimada para la práctica de la videoconferencia solicitada a través de una OEI conforme dispone el art. 187 de la LRM, salvo que la misma vaya acompañada de la solicitud de alguna diligencia que afecte a derechos fundamentales o que la autoridad de emisión solicite la práctica por un órgano judicial. Lo será también para la ejecución de las videoconferencias solicitadas en comisiones rogatorias que le sean remitidas por la autoridad central o por la autoridad requirente cuando la transmisión directa sea procedente.

NOVENA. La videoconferencia para oír a un acusado en juicio oral, solicitada por instrumentos de cooperación internacional en la que se solicite en el país de emisión pena superior a 5 años de privación de libertad podría ser ejecutada en España, ponderando las circunstancias concretas, y en especial la concurrencia del consentimiento del acusado. España no ha trasladado la prohibición del art. 14 de la Ley 3/20 a ningún instrumento internacional, mediante la oportuna declaración y la Ley 3/2020 se adoptó por razones sanitarias no relacionadas con la solicitud de esta diligencia a través de la asistencia judicial internacional. En el caso de que no haya consentimiento del acusado procedería denegar la diligencia, en base al art. 216 LRM si se trata de una OEI, o invocando su contradicción con el derecho nacional si se trata de la ejecución de otro instrumento de cooperación internacional.

DÉCIMA. Las solicitudes de autoridades extranjeras de videoconferencias para la toma de declaraciones o comparecencias de investigados durante la fase de instrucción o investigación podrán ejecutarse siempre que haya consentimiento del declarante y, aun sin este, valorando las circunstancias concurrentes y tomando en consideración que la práctica transnacional puede entenderse como razón suficiente para justificar la falta de presencia y el uso de la vía virtual.

UNDÉCIMA. El acusado o investigado que declare por videoconferencia debe gozar de una defensa efectiva. Ello exige facilitar las comunicaciones necesarias y, en todo caso, una comunicación previa y confidencial entre el declarante y su letrado que puede realizarse por videoconferencia, aunque siempre es preferible la entrevista personal. Cuando concurren circunstancias que lo justifiquen puede autorizarse la participación de dos letrados, uno donde se encuentra el declarante y otro en el que se encuentra la autoridad judicial que lleva a cabo el interrogatorio o la diligencia.

DECIMOSEGUNDA. El derecho del investigado o acusado a ser asistido por un intérprete puede garantizarse en las videoconferencias transfronterizas de diversas formas e incluso con la presencia y asistencia del intérprete por videoconferencia.



DECIMOTERCERA. Corresponde a la autoridad requirente o de emisión la dirección del interrogatorio o diligencia a practicar y corresponde al fiscal como autoridad de ejecución velar por el respeto a los derechos y garantías reconocidos al declarante en el ordenamiento jurídico español. En los supuestos en que la declaración se haya solicitado en calidad de testigo, pero antes de su práctica o durante la misma, el fiscal aprecie que la condición del declarante es la de investigado, debe advertirlo así a la autoridad de emisión informando al declarante de sus derechos como investigado, especialmente su derecho a no declarar y su derecho a ser asistido por un abogado. Si el letrado no estuviese disponible en el acto, el fiscal deberá solicitar del Colegio de Abogados correspondiente el nombramiento de uno de oficio.

DECIMOCUARTA. Cuando la persona que deba ser oída en España por videoconferencia, especialmente en ejecución de una OEI, se niegue a prestar testimonio estando sometida a la obligación de testificar o no preste testimonio veraz, se le aplicarán las normas de la LECrim como si fuera un declarante en un procedimiento español. El fiscal podría incluso ordenar su detención, si procediera, a los solos efectos de su conducción para practicar la declaración, previa consulta con la autoridad de emisión.

DECIMOQUINTA. En España no existe la posibilidad de tomar declaración a testigos o peritos por teléfono por lo que no procede solicitar esta diligencia a través de OEI o CRI. En los casos en que esta medida sea solicitada por alguna autoridad extranjera, deberá convertirse en declaración por videoconferencia previa comunicación y acuerdo con la autoridad de emisión.

En Madrid, a 29 de marzo de 2021.

La Fiscal de Sala de Cooperación Internacional

Fdo. Rosa Ana Morán Martínez