



**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 002**

Teléfono: 917096437
Fax: 917096445

20107
N.I.G.: 28079 27 2 2008 0003943

ROLO DE SLA 5/2015
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5
PROCEDIMIENTO DE ORGIEN: D. PREVIAS 275/08

Madrid, 30 de mayo de 2017

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. **Ángel Hurtado Adrián** al auto de esta misma fecha, por el que la mayoría ha decidido que la declaración testifical de Mariano Rajoy Brey se practique, presencialmente, ante este Tribunal, en la sede donde viene celebrando sus sesiones del juicio oral.

I.- En primer lugar, no puedo compartir con mis compañeros el énfasis que se pone en la circunstancia de que el testigo comparezca, no como Presidente del Gobierno, sino como un ciudadano español, pues, sin negar que es ciudadano español, su condición institucional no solo no debió ser obviada, sino que era razón suficiente como para acudir al mecanismo de la videoconferencia, como considero que así lo recomienda la STS 161/2015, de 17 de marzo de 2015, en la que más adelante me detendré.

En cualquier caso, sobre este particular me parece oportuno hacer alguna consideración, para dar respuesta a las alegaciones hechas por la representación procesal de la acusación popular ejercida por **Carmen Ninet**, a favor de que el testimonio se realice mediante comparecencia presencial en la sede del propio Tribunal, pues considera que no debe soslayarse que así sea en base a posiciones institucionales que no se ostentaban en la fecha en que se cometieron los hechos que ahora se enjuician.

No puedo compartir ni la conclusión a la que llega esta parte, como tampoco el planteamiento y la línea argumental que utiliza para llegar a aquella, pues, sabiendo que, efectivamente, en la época en que suceden los hechos el testigo no ostentaba la posición institucional que ahora ostenta, no es desde ese punto de vista como se ha entender la decisión que se adopte en orden a su comparecencia.



En efecto, la línea argumental de esta acusación considero que se construye a costa de mezclar y confundir dos distintos planos de valoración. Por un lado, el relativo al régimen de la declaración del testigo, y, por otro, el relativo al modo de practicar dicha declaración.

Respecto al régimen de la declaración, decir que, en tanto en cuanto la prueba ha sido admitida, ese régimen está sujeto a los principios que informan dicha prueba, de manera que, al ser así, queda colmado el derecho a la prueba; cuestión distinta es la forma en que se practique esa prueba, en el sentido de si, por la concreta manera de llevarla a cabo, pueda generar algún menoscabo en la pretensión de alguna de las partes; y la pregunta a formularse es si, cualquiera que sea esa forma, puede verse devaluado su resultado.

Así las cosas, la LECrim., en la medida que contempla alternativas varias a la forma de realizar dicha prueba, habrá que partir de la base de que todas son igualmente válidas, de manera que, si, entre ellas, se encuentra la contemplada en el art 731 bis, por medio de videoconferencia, no hay razón para considerarla como algo extraordinario, concurriendo alguna de las razones que el propio artículo contempla, y como esas circunstancias, cuando han de concurrir, es en el momento de su práctica, es por lo que a ellas habrá que estar en ese momento, cualquiera que fueran las de otro distinto.

Hecho así el planteamiento, es por lo que no se ha de estar a la posición institucional que ostentara en uno y en otro momento el testigo, sino que, cualquiera que fuera la que tuviera cuando suceden los hechos sobre los que ha de declarar, es ahora cuando ha de deponer sobre ellos, y es, precisamente, esa posición institucional actual la que debe llevar a la utilización del sistema de videoconferencia, tal como ha entendido la jurisprudencia que más adelante se mencionará. Dicho de otra manera, cualquiera que fuera su posición institucional de pasado, si la que posee actualmente es de la suficiente relevancia como para acudir al sistema de videoconferencia, a él debería acudir.

II.- Sin perjuicio de remitirme íntegramente al razonamiento IV del voto particular que emití, con fecha 21 de abril, al auto de 19, en que se admitía como prueba testifical la declaración de Mariano Rajoy Brey, conviene que, ahora, comience mis discrepancias trayendo a colación alguna de las consideraciones que entonces hacía, entre ellas, la relativa al uso habitual con que se viene extendiendo la práctica de cualquier prueba de carácter personal, en aplicación de lo dispuesto en artículos como el 229.3 LOPJ y 731 bis LECrim., en ocasiones, incluso, sin explicar las razones por las que se acude a su práctica mediante el sistema de videoconferencia.



Sigo teniendo por válidas las consideraciones que hacía en relación con la afectación que puede suponer para el principio de igualdad y de no discriminación, sin descartar una eventual quiebra del art. 14 de nuestra Constitución, que comparezca a declarar presencialmente el referido testigo ante este Tribunal, porque, si se ha tener en cuenta la mayor relevancia del cargo público que ocupa y la necesidad de evitar cualquier innecesaria interferencia en la vida política del país, solo esto aconsejaría acudir a tal medio.

Además, vuelvo a insistir que no hay que descartar que se hayan tenido en cuenta razones de operatividad para que el legislador haya decidido llevar a una norma de derecho positivo la comparecencia a distancia, que, en todo caso, lo ha hecho partiendo de la base de que tal manera de proceder no supone conculcación de derecho constitucional alguno, como así lo ha entendido el T.S., del que, por ejemplo, cito la STS 957/2006, de 5 de octubre de 2006, que, en relación con la prueba testifical, dijo que *"la celebración de la declaración en videoconferencia no sólo no supuso ninguna vulneración de los derechos de la defensa, sino que ésta vio, oyó y pudo contrainterrogar. Existió inmediatez, oralidad y contradicción"*; o, en igual sentido, la STS 172/2007, de 27 de febrero de 2007; de manera que, si esto lo dijo así el T.S. en 2006, no acabo de entender esa mención que se hace a la inmediatez, o a los avances de futuro como algún argumento más a favor de la declaración presencial.

III.- En línea con lo que vengo diciendo, si, por acudir a la videoconferencia, se viera afectada la inmediatez, no entiendo que en ocasiones anteriores se hayan celebrado juicios mediante el mismo sistema, sin formular queja o poner objeción por tal circunstancia, porque, si ahora no se fuera respetuoso con tal principio, es tanto como admitir que no se fue antes, y, sin embargo, se ha venido consintiendo con regularidad.

Debo reiterar el antecedente más significativo habido en la celebración de un juicio donde la prueba de carácter personal se realizó por videoconferencia en esta Sala de lo Penal, como es el conocido caso del cerco al Parlament de Catalunya, en que así lo hizo, además de otros testigos y peritos, quien fuera presidente de la Generalitat, Artur Mas, por lo que, si entonces fue determinante para que así se operase la posición institucional, tampoco acabo de entender que ahora no se tenga en cuenta la posición institucional del testigo que aquí nos ocupa.

La STS 161/2015, de 17 de marzo de 2015, que puso fin a ese procedimiento, dictada con motivo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional, que analiza la cuestión, en su FJ 2 C) dice: *"El proceso penal no ha podido sustraerse al avance de las nuevas tecnologías. Y la*



utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de actos procesales de indudable relevancia probatoria, forma parte ya de la práctica habitual de los Tribunales de justicia", para más adelante continuar diciendo que la normalidad de tal utilización aparece expresada en preceptos legales que dan cobertura a este sistema, y cita el art. 229 apdos. 2 y 3 LOPJ y el 731 bis LECrim.; como dice también que "la creación de un espacio judicial europeo ha hecho de la videoconferencia un medio reglado de extendida aplicación en los distintos instrumentos jurídicos llamados a regular la cooperación judicial entre Estados", y cita una serie de normativa europea que regula la cuestión.

En el apartado D) expone su doctrina en cuanto a la aplicación del art. 731 bis, en comparación con la presencia física ante el Tribunal, que se pone en relación con que en el recurso se invocaban razones de utilidad para su práctica, o que la comparecencia presencial resulte gravosa o perjudicial, en los siguientes términos: "Ese texto no contiene ningún criterio de valoración de la primera, pero, en una lectura contextual, cabe entender, tendría que tratarse, preferentemente, de una utilidad o conveniencia para la causa, lo que viene a significar que, al ser el medio técnico de uso menos gravoso que el convencional, debería o podría acudir a él en el caso de similitud o virtual paridad de los resultados razonablemente esperables. No faltan precedentes en esta Sala que proclaman una tendencial asimilación de los dos modos de proceder considerados. Lo pone de relieve la STS 779/2012, 10 de diciembre, que, saliendo al paso del reproche de existencia de vulneración del principio de inmediación por el uso de la videoconferencia, niega que se hubiera producido, debido a que ese recurso técnico permitió "someter a los testigos a examen en línea de igualdad de armas con el fiscal" y "las declaraciones de [los] testigos [fueron] percibidas directamente por los miembros del tribunal y por las respectivas acusaciones y defensas"; por la comunicación bidireccional y simultánea de imagen y sonido que aquella hace posible".

Y transcribo un último pasaje de esta misma STS, traído del apartado E), cuando dice que "en el caso concreto, la Sala entiende que la decisión de la Audiencia Nacional de ofrecer a testigos y peritos la utilización de la videoconferencia como medio adecuado para la práctica y la constancia de su declaración, no fue arbitraria y, lo que resulta decisivo, no introdujo ninguna distorsión perceptiva o valorativa que pudiera afectar a los sujetos destinatarios de la inmediación y que pudiera, en fin, contravenir el contenido material alguno de los derechos invocados por el Fiscal en su recurso. Es cierto que en la actualidad la distancia geográfica -en este caso, entre Madrid y Barcelona- es más que relativa. Es un hecho notorio la existencia de medios de transporte que permiten el desplazamiento en breve tiempo. Sin embargo, en el



presente caso, la relevante función pública desempeñada por los testigos y su dedicación a las tareas legislativas hacía aconsejable que la celebración del juicio no implicara un entorpecimiento de esa tarea, cuya perturbación, por cierto, está en el origen del presente proceso penal”.

En esa tendencial asimilación entre los dos modos de proceder (presencial o por videoconferencia), la Sentencia llega a hablar del carácter ordinario y habitual de la videoconferencia, y su generalización en lo que a la prueba testifical se refiere, diferenciándola de su excepcionalidad, que la tiene, cuando de la declaración de acusados se trata, para la que, aun así, no la descarta.

De hecho, por poner un ejemplo, esta misma Sección fue la encargada de celebrar el conocido juicio de las HERRIKO TABERNAS (Rollo de Sala 19/08, dimanante del Sumario 35/02 del JCI n° 5), en el cual se autorizó la declaración por videoconferencia de uno de los acusados, y quien emite este voto particular y uno de los Magistrados que ahora componen este Tribunal también formó parte de aquel Tribunal, y, pese a esa excepcionalidad con que se ha de acudir al sistema de videoconferencia tratándose del interrogatorio de acusados, quien ahora se opone a que se utilice este sistema para un testigo, ninguna objeción puso, entonces, a que se practicase, de tal manera, la declaración de un acusado.

Las consideraciones hechas me impiden suscribir la decisión de mis compañeros, porque, las expuestas, entiendo que son suficientes razones para que el testimonio de Mariano Rajoy se preste mediante videoconferencia, y no me resisto a transcribir, porque las comparto, las palabras del Abogado del Estado, traídas de su escrito de 9 de mayo de 2017, sobre la habitualidad del empleo del sistema de videoconferencia, cuando dice:

“Es tan habitual que hoy día las Salas de Justicia ni siquiera suelen dictar autos motivados justificando (o denegando) la videoconferencia por concurrir (o no) las razones a las que se refiere el artículo 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que se ve como algo natural que ambos sistemas convivan en pie de igualdad, sean equivalentes, valgan lo mismo a los efectos de la prueba del proceso, en orden a formar la convicción judicial sobre unos hechos (lo que en este caso pudiera parecer que es lo menos importante). Porque, ¿va a variar en algo la formación de la opinión del Tribunal si la prueba se practica en cualquiera de las dos formas propuestas por ADADE, o mediante videoconferencia?”.

IV.- Un último razonamiento, para añadir alguna consideración más en favor de la videoconferencia.



En primer lugar, no se deberían ignorar los muy notables efectos mediáticos y metajurídicos que tendría la comparecencia de un tan significado testigo, como es el Presidente del Gobierno, en la Sala de Audiencia, no solo por lo que, en relación con los hechos objeto de enjuiciamiento, se refiere, sino con afectación a esa posición institucional que ahora ostenta (reitero, que tenida muy en cuenta por la STS citada) y que, sin embargo, no la ostentaba cuando ocurrieron esos hechos; con trascendencia, incluso, a su propia persona, que, en la medida que se pueden paliar mediante videoconferencia, debería haberse valorado como un elemento más a favor de decantarse por ella.

Por otra parte, si también suele ser habitual tener en consideración la opinión del afectado por la decisión [de hecho el art. 731 bis habla de que esta se adoptará "*de oficio o a instancia de parte*"], no veo que haya razón para dejar de hacerlo en el caso presente, de manera que, si el testigo invoca razones de utilidad y de seguridad, que son, entre otras, a las que hace mención el referido art. 731 bis en orden a acudir a la videoconferencia, es un argumento más, junto con los anteriores, a favor de este medio; y es que tampoco se debería ignorar que el desplazamiento hasta San Fernando de Henares del Presidente del Gobierno, por esas razones de seguridad y, también, de orden público, conlleva un importante despliegue de medios humanos y materiales, más allá de los que le puedan reportar la medidas de seguridad, propias de la Audiencia Nacional, con los gastos añadidos, que se podrían evitar sin tal desplazamiento.

En el mismo sentido, el hecho de que el desplazamiento del testigo a la sede de San Fernando de la Audiencia Nacional pueda resultar gravoso o perjudicial, es otra de las circunstancias que se mencionan en el referido artículo, a tener en cuenta, y también se nos ha dado, como razones al respecto, la intensa actividad que debe desplegar como Presidente del Gobierno, y que, por ello, la videoconferencia sería el instrumento más idóneo y menos perturbador para el ejercicio de sus funciones y responsabilidades.

V.- En razón a las consideraciones expuestas, debería haberse acordado que la declaración del testigo D. Mariano Rajoy Brey se realizase mediante videoconferencia.

Madrid, 30 de mayo de 2017

Fdo. Ángel Hurtado Adrián