

ANÁLISIS



Procesal y Arbitraje

La declaración por videollamada de WhatsApp en el proceso civil

Aunque el uso del medio telemático no fue ortodoxo, al hacerse en un domicilio privado, sin la presencia de funcionario público que asegurara *in situ* la correcta prestación de la declaración y con las deficiencias técnicas que se observan en la audición, tales consideraciones no deben conducir necesariamente a estimar la nulidad de la declaración, que sólo se producirá cuando se haya causado indefensión a la parte por no haber podido practicarse la prueba con la inmediación y contradicción exigibles.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, 216/2026, de 12 de marzo, otorga validez a la práctica, en el acto del juicio oral, de la declaración testifical de la víctima por videollamada de WhatsApp, considerando irregularidades procesales no determinantes de su nulidad, entre otras, que la declaración no se prestara en un centro oficial y que se realizara sin la presencia de un funcionario público. La sentencia tiene interés porque asimila la videollamada por WhatsApp a la videoconferencia e interpreta de forma flexible los requisitos para que en la utilización de este instrumento técnico —la videoconferencia— queden aseguradas las garantías procesales en la práctica de la prueba. Objeto de esta nota es analizar la aplicación de la doctrina que establece al proceso civil.
2. Antes de entrar en el análisis de la sentencia parece oportuno exponer, siquiera sea brevemente, el marco normativo de los medios telemáticos (videoconferencia y otros similares), con referencia, en especial, a su uso en el proceso civil.

El artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incorporado por la disposición adicional única de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, después de establecer como regla general que la declaración del testigo —también de las partes y los peritos— se llevará a efecto «ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública» (apdo. 2), dispone (después de su reforma por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero) que podrá realizarse también «a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la inte-

racción 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, de conformidad con lo que dispongan las leyes procesales y la ley que regule el uso de las tecnologías en la Administración de Justicia. En estos casos, la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia podrá acreditarse por los medios de identificación y firma electrónica que se determinen por la ley que regule el uso de las tecnologías en la Administración de Justicia, respetándose lo establecido en las leyes procesales». Es más, el artículo 230.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la obligatoriedad de los tribunales de «utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el capítulo I *bis* de este título (normativa de protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia) y la normativa orgánica de protección de datos personales. Y continúa: «Las instrucciones generales o singulares de uso de las nuevas tecnologías que el Consejo General del Poder Judicial o la Fiscalía General del Estado dirijan a los jueces y magistrados o a los fiscales, respectivamente, determinando su utilización, serán de obligado cumplimiento».

Recuerda la sentencia analizada que durante la pandemia se extendió el uso de la videoconferencia, que hasta ese momento era limitado. El Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, dispuso que todos los actos procesales se realizarían «preferentemente

mediante presencia telemática»; y esta disposición se mantuvo vigente, aunque la norma fue dejada sin efecto por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. En la actualidad, el uso de la videoconferencia se encuentra regulado en el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, que, por un lado, contiene un conjunto de normas (arts. 59 a 65) aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales y, por otro, en lo que a su uso en el proceso civil se refiere —que es el que ahora interesa considerar—, en su artículo 103 reforma distintos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 129, 169, 170 y 171) e introduce en ella dos nuevos preceptos (arts. 129 bis y 137 bis). Expongo a continuación, brevemente, los aspectos más relevantes de esta regulación:

a) Las novedades aplicables a todos los órdenes jurisdiccionales son las siguientes:

- 1) Se prevé, con carácter general, la prestación de servicios por medios telemáticos, requiriéndose que la participación del ciudadano o del profesional tenga lugar desde un punto de acceso seguro (art. 59).
- 2) Los intervinientes en las actuaciones celebradas por videoconferencia deberán identificarse, preferentemente por medios electrónicos, y esta identificación será previa o simultánea al momento de cada actuación y específica para ella (art. 60).
- 3) Se establece que el incumplimiento de los requisitos estipulados en los artículos anteriores

«no priva por sí solo de efectos procesales y jurídicos a la actuación llevada a cabo por videoconferencia, ni supone la ineficacia o nulidad de la misma» y se regula la posible impugnación de la identificación o de la firma realizada en ella (art. 61).

4) A los efectos de la intervención en actos procesales mediante presencia telemática se regulan los denominados *punto de acceso seguro* y *lugar seguro*, teniendo la consideración de tales aquellos que se ajusten a lo previsto en el artículo 62.

5) Se regulan también la práctica de actos no jurisdiccionales por videoconferencia (art. 64) y la utilización de salas de vistas virtuales (art. 65).

b) En lo que al proceso civil se refiere, las normas que introduce en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) el Real Decreto Ley 6/2023 son las siguientes:

- 1) Las actuaciones judiciales se realizarán en la sede de la oficina judicial, pero también a través de videoconferencia en los términos establecidos en el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 129.4 LEC). Sobre la preferencia de uno u otro sistema, el nuevo artículo 129 bis dispone que las declaraciones y, en general, todos los actos procesales, «se realizarán preferentemente mediante presencia telemática» (apdo. 1), pero excepciona «los actos que tengan por objeto

la audiencia, declaración o interrogatorio de partes, testigos o peritos...», para los que «será necesaria la presencia física de la persona que haya de intervenir y, cuando ésta sea una de las partes, la de su defensa letrada». No obstante, establece tres salvedades a esta excepción (en las que será posible la declaración por videoconferencia): cuando el juzgado, en atención a las circunstancias del caso, decida no aplicar la regla general; cuando el testigo resida en un municipio distinto de aquel en el que tenga su sede el tribunal, pudiendo intervenir en tal caso, a su petición, en un lugar seguro dentro del municipio en que resida, de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia; y cuando el testigo declare en su condición de autoridad o funcionario público, realizando entonces su intervención desde un punto de acceso seguro.

- 2) Conforme al artículo 137 *bis*, la intervención en cualquier actuación por videoconferencia se hará desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial del domicilio o lugar de trabajo o, en el caso de disponer de medios adecuados, desde el juzgado de paz de su domicilio o de su lugar de trabajo, aunque, 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 de edad o persona sobre la que verse un procedimiento de medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad, la declaración por videoconferencia sólo se podrá hacer desde una oficina judicial, en los términos del apartado 2.

En el mismo sentido, el artículo 169.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la declaración «se realizará en la sede del juzgado o tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, salvo que el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente, en cuyo caso se realizarán en la forma prevista en el artículo 137 *bis* (mediante el sistema de videoconferencia)»; aunque, a continuación, el precepto reconoce al juez la facultad de apreciar si la declaración por videoconferencia es o no conveniente.

3. La sentencia analizada recuerda, en lo esencial, el marco normativo precedente y realiza una interpretación flexible de diferentes aspectos de él. Veámoslos:
 - a) Como ya he dicho, equipara la videoconferencia por WhatsApp a la videoconferencia, considerando que es uno de los sistemas similares a que se refiere el artículo 229.3 de la Ley Orgánica

del Poder Judicial y que, como ella, permite, con palabras de dicho precepto, «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» (art. 2293 LOPJ).

La Sentencia del Tribunal Supremo 331/2019, de 27 de junio, explica que «la videoconferencia no es más que un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, una modalidad de práctica de la prueba, de modo que será el medio de prueba de que se trate, y de acuerdo con sus propias reglas, el que deberá ser analizado en cuanto a las garantías que deben concurrir en su práctica. Y puede asegurarse que la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establece el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el tribunal y constitucionalmente digno de protección». Ya antes, la Sentencia del Tribunal Supremo 200/2017, de 27 de marzo, en relación con su incidencia en los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, recuerda que se ha reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción.

- b) Después de considerar justificada la decisión de levantar la obligación de

comparecencia personal porque la testigo residía en una ciudad distinta y alejada y se encontraba en un estado avanzado de gestación próximo al alumbramiento («se comparte plenamente la conclusión recogida en la sentencia recurrida de que su comparecencia personal resultaba particularmente gravosa»), el Tribunal Supremo entra a analizar la decisión de la Audiencia de considerar válido el medio empleado para la declaración con las circunstancias concurrentes en su práctica; en concreto, «[u]na videollamada para declarar desde el propio domicilio sin posibilidad de acreditar fehacientemente la identidad; y sin la garantía de la presencia de un letrado de la Administración de Justicia u otro funcionario; y, además, con deficiencias técnicas que dificultaban el entendimiento y entorpecían el interrogatorio».

- c) A juicio del recurrente, la declaración no podría convalidarse por contrariar la legalidad ordinaria y causar indefensión a la parte contraria al no poder realizar con fluidez el contra-interrogatorio. Infringiría el artículo 137 *bis*, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al cual quienes deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo o desde el juzgado de paz de los mismos lugares si dispone de los medios adecuados. Ciertamente, cuando el juez, en atención a las circunstancias concurrentes, lo estime oportuno, estas intervenciones podrán hacerse desde cualquier

lugar, pero «siempre que disponga de los medios que permitan asegurar la identidad del interviniente conforme a lo que se determine reglamentariamente» (apdo. 3). Y esta última exigencia parece que excluye la posibilidad de efectuar la declaración en el propio domicilio del declarante.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aceptando los razonamientos de la sentencia recurrida, considera que «el medio empleado para la prestación de la declaración, aunque dio lugar, por razones técnicas, a interrupciones y deficiencias en la audiencia de la testigo, sin embargo, permitió finalmente, siempre con imagen directa de la deponente, atender a la totalidad de su declaración y contestaciones a las preguntas que todas las partes pudieron hacer sin cortapisas de ningún tipo». Ciertamente, el uso del medio telemático «no fue ortodoxo ni el más adecuado el modo en que la declaración se toma, al hacerse en un domicilio privado, sin la presencia de funcionario público que asegurara *in situ* la correcta prestación de la declaración, y con las deficiencias técnicas que se observan en la audición del testimonio. Pero tales consideraciones no deben conducir en este caso concreto a estimar la nulidad interesada, pues los efectos que pudo producir la forma y situación en que se prestó la declaración no tienen la relevancia invalidante interesada». Y ello, aunque no haya podido realizarse la identificación de forma oficial porque no se generó ninguna duda sobre la identidad ni ésta fue discutida por las partes, y a pesar de las incidencias e

interrupciones, que no descalifican una actividad procesal.

- d) En definitiva, considera la sentencia que no se produjo indefensión alguna de la parte recurrente, pues pudo practicarse la prueba con la inmediación y contradicción exigibles. Es cierto que la actuación no se ajustó a la estricta ortodoxia normativa: algunos aspectos o deficiencias constituyen verdaderas irregularidades». Pero una cosa es una irregularidad —e incluso una actuación no ajustada escrupulosamente a la legalidad— y otra diferente un vicio determinante de nulidad e ineficacia radical de un acto procesal; en este caso, de un medio de prueba: «la consagración del derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el artículo 24.1 de la Constitución no comporta la constitucionalización de todas las normas procesales, de forma que cualquier infracción procesal ligada a las garantías (en último término, todas lo están) desencadene una nulidad por vulneración constitucional. Sólo aquellas directamente engarzadas con principios procesales básicos, cuya omisión derive potencialmente en indefensión, tendrán virtualidad para generar ese drástico efecto».

Ciertamente, «[n]unca es nimia o despreciable una garantía procesal». Pero sería no sólo contrario a la norma, sino también ilógico, que «de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención

de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías». Y concluye la sentencia: «En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto pueden anudarse a esa forma menos escrupulosa de practicar

una prueba testifical por medios telemáticos. La diligencia así desplegada no deviene inservible ni queda contaminada definitivamente. Las quejas concretas del recurrente no permiten llegar a otras conclusiones».