

# LA GRABACIÓN DE LAS ACTUACIONES EN FASE DE INSTRUCCIÓN. LA DECISIÓN SOBRE SU FORMA Y MODO DE DOCUMENTACIÓN. LA TRANSCRIPCIÓN DE LO GRABADO

**Recording of criminal proceedings on investigation phase. Decision on their form and documentation. Transcription of the recorded**

Por María del Carmen Ramos Fernández

Letrado de la Administración de Justicia  
ramos\_marfer@gva.es

Artículo recibido: 14/11/17 | Artículo aceptado: 20/12/17

## RESUMEN

A través del presente estudio se pretende mediante el análisis de la legislación vigente, partiendo de la Ley Orgánica del Poder Judicial y posteriores, examinar la implementación del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial penal anticipado en el artículo 9 de la Constitución española que fija como principio básico, el de la seguridad jurídica, así como el artículo 24 en cuanto reconoce el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Lo anticipado nos permitirá reconocer que las actuaciones orales grabadas en los sistemas dispuestos al efecto garantizan la oralidad y atribuyen a las diligencias el carácter de fidedignas, fehacientes e irrefutables al estar documentadas en un medio inmodificable e inalterable bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia.

## ABSTRACT

This study tries to examine the implementation of new technologies on the field of criminal justice. The current legislation based on the Organic Law of the Judiciary and later, is analyzed. The Article 9 of the Spanish Constitution establishes the legal certainty as a basic principle. The article 24 sets the right to a public trial without any undue delay and all legal guarantees.

The criminal proceedings recorded under this legal frame, guarantees the orality and attributes to those proceedings the character of trustworthy, reliable, and irrefutable, since they are substantiated on an unchangeable and unalterable recording system, attested by the Judicial Administration Counselor.

## PALABRAS CLAVE

Grabación, Transcripción, Documentación, Oralidad, Seguridad jurídica.

**KEYWORDS**

Recording, Transcription, Documentation, Orality, Legal security.

**Sumario:** 1. La grabación de las actuaciones judiciales en fase de instrucción. 1.1. Introducción. 1.2. Regulación. 1.3. Evolución histórica. 1.4. El deber de utilizar los medios e instrumentos electrónicos e informáticos. 2. La finalidad y fundamento de la transcripción. 3. Decisión del Letrado de la Administración de Justicia. 3.1. ¿Qué previsión se ha barajado por el prelegislador en orden a compatibilizar la grabación con la declaración escrita?. 4. Conclusiones.

**1. La grabación de las actuaciones judiciales en fase de instrucción.****1.1. Introducción**

Es paradójico, que bien entrado el siglo XXI, y con el enorme esfuerzo que se está haciendo por parte del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del Ministerio de Justicia y de la CCAA, y ante la esperada implantación del expediente digital, tengamos que tratar este asunto, y no por otro motivo que la resistencia que los operadores jurídicos, Fiscales, Jueces y los propios Letrados de la Administración de Justicia, oponemos a las nuevas tecnologías.

**1.2. Regulación**

Partiendo de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), como libro de cabecera, y por el superior rango jurídico que le otorga el artículo 9.3 de la Constitución Española (CE), se hace necesario recordar los siguientes preceptos:

Artículo 452. Independencia de la fe pública judicial.

“Los secretarios judiciales desempeñarán sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial.”

Artículo 453. La grabación como medio fehaciente de constancia.

“Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial. En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.”

“Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, las vistas se podrán desarrollar sin la intervención del Secretario Judicial, en los términos previstos en la ley. En todo caso, el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido.”

Artículo 454. Autonomía en el ejercicio de la documentación.

“Los secretarios judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia. Promoverán el empleo de los medios técnicos, audiovisuales e informáticos de documentación con que cuente la unidad donde prestan sus servicios.” Artículo 230. La obligación del uso de las nuevas tecnologías y la prohibición de transcripción.

“Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen el Capítulo I bis de este Título, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y las demás leyes que resulten de aplicación.”

“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.”

“Los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.”

“Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse.”

Y dicho esto, podríamos dar por concluido este estudio, pero no, pues no obstante su claridad, son objeto de notables discrepancias interpretativas entre los distintos operadores jurídicos intervinientes.

### **1.3. Evolución histórica**

El proceso de inmersión de la Administración de Justicia en las nuevas tecnologías se ha iniciado con un importante retraso en comparación con otras Administraciones Públicas. Sin embargo, el progreso ha sido y está siendo relevante e imparable, con un horizonte puesto en el expediente y gestión digitales. Este proceso no está exento de dificultades, entre ellas las inercias contrarias al mismo, la comodidad y la desconfianza por parte de los intervinientes.

El *Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 2001* vertebró las primeras preocupaciones y establecía que los españoles, demandan inequívocamente un esfuerzo profundo de mejora y modernización de nuestro sistema judicial. Una sociedad cada vez más dinámica y compleja exige que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y calidad, con métodos más modernos que cumplieren satisfactoriamente su función constitucional de garantizar, en tiempo razonable, los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, derecho ya recogido en el art. 9 de la CE.

El *Plan Estratégico de Modernización de la Justicia 2009-2012 del Ministerio de Justicia de 2009*, fue uno de los ejes fundamentales del plan es el despliegue en materia de nuevas tecnologías respecto a las que el plan pretende conseguir los siguientes objetivos: Lograr el *objetivo* «papel 0».

La videograbación es un instrumento de modernidad de la Administración de Justicia que no se queda solo en razones de imagen sino que constituye una mayor garantía para el justiciable, y por tanto una mejora en la calidad de la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental de los ciudadanos plasmado en el art. 24 CE. La necesidad de su generalización en todas las jurisdicciones y procedimientos es primordial en cualquier plan de modernización de la justicia.

También, el artículo 3 del Código civil señala que las normas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. No puede sustentarse una interpretación restrictiva, ajustada a la redacción decimonónica de los preceptos aislados e inconexos del resto del ordenamiento jurídico, nada puede resultar ajeno a su tiempo y el proceso penal tampoco.

El carácter supletorio que tiene la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) respecto al resto de leyes procesales, conforme al art. 4 de la misma Ley, permitía la generalización del uso de la videograbación digital en el resto de procesos de las jurisdicciones penal, social y contencioso-administrativa. Esta plasmación positiva va a producirse con la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, que da nueva redacción al art. 743 LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), que algunos desde una perspectiva reduccionista observan limitaciones tales como que ese precepto se refiere sólo a las vistas, no a las diligencias de instrucción.

#### **1.4. El deber de utilizar los medios e instrumentos electrónicos e informáticos**

Este deber está previsto en los artículos citados, así como en el artículo 11 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, en el artículo 118 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 relativo a la Gestión documental, en el artículo 8 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. El Ministerio Fiscal queda sujeto igualmente a la Ley 18/2011, según su Disposición adicional novena. Asimismo, se refuerza la aplicación de la Ley al Ministerio Fiscal a través de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al disponerse que *“Los Juzgados y Tribunales y las Fiscalías están obligados a utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y*

*telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones”.*

Y no sólo eso, sino que además, la Disposición adicional cuarta de la precitada Ley Orgánica, relativa al uso obligatorio de las nuevas tecnologías, en su apartado 1 viene a establecer que: *“La utilización de los sistemas informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia será de uso obligatorio para Jueces y Magistrados.”*

Leyes y preceptos que parecen no resultar conocidos puesto que el Consejo Fiscal en su Informe de 23 de enero 2015, afirma que solo resulta preceptiva en la LECrim la grabación de actuaciones procesales de la prueba anticipada (Art.777.2 y 797.2 LECrim) y del Juicio Oral (art 743 y 788.6, 972, y 791 LECrim). Ahora habría que añadir el art. 448 de la LECrim. Es decir, sólo si el artículo lo prevé expresamente.

Por ello, encontramos artículos doctrinales del siguiente tenor:

*“Sobre la absoluta inconveniencia de grabar las declaraciones de imputados y testigos durante la instrucción penal”, se señala que “Una práctica que se va extendiendo por los Juzgados de Instrucción, y que en principio puede parecer intrascendente, cual es sustituir la documentación por escrito de las declaraciones de testigos e imputados por únicamente su grabación en soporte audiovisual, no sólo carece de respaldo legal, sino que menoscaba el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva y altera los principios esenciales del proceso penal”<sup>1</sup>.*

*“Sobre la imperiosa necesidad de consignar en acta escrita las declaraciones de investigados y testigos durante la instrucción penal”, se indica que “La grabación en soporte audiovisual de las declaraciones practicadas en instrucción, no sólo carece de respaldo legal, sino que pervierte los principios del proceso penal, ralentiza y demora extraordinariamente el curso de la causa, impide el control efectivo de los nuevos plazos de instrucción y es actualmente incompatible con el expediente digital”<sup>2</sup>.*

Cuando la LECrim promulgada por RD de 14 de septiembre de 1882, con casi setenta modificaciones a sus espaldas, ha sido calificada legislativamente (véase Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011) como un texto desarticulado en el que conviven con excesiva dificultad normas redactadas en tres siglos distintos que han de ser reinterpretadas constantemente, haciéndose obligada una reforma integral; la Fiscalía y la Curia utilizan expresiones que parecen constreñir los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, cuando se afirma que la

---

<sup>1</sup> GÓMEZ RECIO, F.: “Sobre la absoluta inconveniencia de grabar las declaraciones de imputados y testigos durante la instrucción penal”. Revista Diario La Ley nº 8578, 2015.

<sup>2</sup> GÓMEZ RECIO, F.: “Sobre la imperiosa necesidad de consignar en acta escrita las declaraciones de investigados y testigos durante la instrucción penal”. Revista Diario La Ley nº 8692, 2016.

jurisdicción penal, por su especial naturaleza debe sustraerse a lo prevenido en la LOPJ, debiendo ser aplicados literalmente sus preceptos (art. 402 “el procesado podrá leer su declaración”, art. 443 “el testigo podrá leer por sí mismo...interpretando que si las declaraciones son grabadas el procesado perderá su derecho a leer. Estamos olvidando que el derecho a leer surge cuando pudiera ser que sus palabras no hubieran sido recogidas con literalidad, o se hubiera omitido alguna mención, omisiones o fidelidad que en caso de grabación no se producirían).

Afortunadamente, esta dicotomía se encuentra ya superada, como recoge el art. 230 de la LOPJ, al hablar de actuaciones orales y vistas, cuya exégesis, trataré más adelante, y se ha visto acogida en otros preceptos de la LECrim, debiendo quedar totalmente claro, que el hecho de que se recoja expresamente en estos artículos, no lo prohíbe en los demás. Así:

- El art. 770 de la LECrim. La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará, entre otras diligencias, el acta de constancia a la que podrá acompañar fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba.
- El art. 777. Sobre prueba preconstituída, obliga a documentar la misma en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730.
- El art. 730. “Podrán leerse o reproducirse... las diligencias practicadas en el sumario.”
- El art. 448. La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.
- El art. 797. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el juez de guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación.

- El art. 123.6 LECrim redactado por la LO 5/2015, de 27 de abril, al señalar que las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del apartado 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito. De ningún modo añade la necesidad de acta escrita, y mucho menos, de transcripción alguna. De todo lo cual se deduce que la ausencia de acta escrita no genera nulidad de actuaciones, ni que la innecesaria transcripción, ahora expresamente proscrita, sea cobertura o soporte de garantía o derecho alguno.

Y aunque surge la pregunta de por qué estos preceptos sí permiten la grabación, y el resto no, lo cierto es que no podemos hallar en la LECrim ninguna fundamentación que excluya o impida la grabación.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, permite extraer las siguientes conclusiones:

*Sentencia del TS, Sala 2ª, 15 febrero de 2017. “Y, por último, también resulta obvio que la persona que transcribe la declaración en el acta no plasma literalmente todo su contenido, sino que trastoca modifica y varía de forma involuntaria e inconsciente los vocablos, las expresiones y los propios giros lingüísticos utilizados por el testigo, alteración muy difícil de evitar en muchos supuestos, pero que acaba afectando ineluctablemente al contenido del testimonio prestado”. En el mismo sentido la sentencia del TS, sala 2ª, 15 marzo de 2017 “Esta documentación, sino se realiza en soporte papel, requiere al menos incorporar, unos índices fáciles de utilizar, que hagan posible su recuperación, rápida y eficaz”.*

## **2. La finalidad y fundamento de la transcripción.**

El Informe del Consejo Fiscal de fecha 23 de enero de 2015 evacuado al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la Justicia Penal, sin discutir la legalidad ni la legitimación para el uso de los medios de grabación pero si, su suficiencia, ante la negativa a levantar la correlativa acta o transcripción escrita de la diligencia, propone la necesidad de regular la obligatoriedad de la transcripción escrita de las declaraciones realizadas en instrucción.

**¿Cuál es el objeto, finalidad y fundamento de la supuesta necesidad jurídica de la transcripción del acta de declaración del imputado o testigo?**

Esta cuestión no reviste carácter jurisdiccional, ni añade garantías, ni transparencia, ni agilidad, ni economía de costes, ni protege derecho fundamental alguno, ni proporciona seguridad jurídica.

Según se argumenta en el Informe del Consejo Fiscal, conforme a las resoluciones judiciales en que se ampara (las favorables a su tesis), la finalidad y fundamento son:

– “Poder detectar sin esfuerzo salvo que hayan extractado con anterioridad la totalidad de lo declarado la contradicción de lo que esta declarando el imputado o testigo con lo declarado en instrucción, y realizar fácil y rápidamente la lectura de la declaración sumarial”.

Es decir, que cuando “...en el acto de juicio oral, algún testigo o acusado niegue o modifique sustancialmente lo declarado durante la instrucción,...se hace imprescindible acudir a la transcripción en papel, a fin de “recordarles” lo declarado con anterioridad”, AAP Valencia-Secc. 4ª- de 30-5-2008, Rec nº 177/2008 (Pte. Ferrer Tárrega, Carmen).

– “Que los juicios son más ágiles (la instrucción más larga, o podrá prorrogarse ésta por pendencia de transcripción, veamos el art. 324 LECrim, no lo contempla) cuando en vez de la reproducción de la grabación, se leen los pasajes que interesan cuando se interroga a acusados, testigos y peritos.” (AAP Islas Baleares, Secc. 2ª- nº 22/2012 de 23 de enero- Rollo 446/2011).

– “Que dichas transcripciones facilitarían la labor en el acto del juicio oral resultando más fácil, cómoda y ágil contrastar dichas declaraciones con las que se lleven en el acto del juicio oral” (AAP Madrid, Secc. 27ª, 255/2010, de 21 Abr., rec. 317/2010).

– Que “solo en soporte grabado, generan,...un entorpecimiento en el desarrollo del juicio”. AAP Valencia –Secc. 3ª- nº 202/2010 de 6 de Abril.

– Los Autos de la AP Valencia, secc. 4ª- de 30-5-2008; secc. 5ª de 18-7-2006; secc. 3ª- nº 86/2010 de 10-2-2010-Rollo de Apelación nº 65/2010:

*“...en ningún momento se cuestiona la legalidad ni la legitimidad del uso de los medios audiovisuales de documentación de las declaraciones de imputados y testigos, sino la suficiencia de la misma, entendiéndose que además de la grabación en soporte digital, debe existir acta extendida bajo la fe del Secretario Judicial, como resulta de los arts. 401 y s.s. de la LECrim, y del art 46.5 de la LOPJ”.*

*“... hay que tener en cuenta que existen normas procesales penales, como son las que se ha hecho anteriormente referencia, que establecen la necesidad de acta escrita, y que siguen constituyendo un elemento esencial del proceso penal, permitiendo la aportación en el juicio oral del contenido de dichas diligencias...”*

- La reproducción audiovisual, en caso de contradicción y dada su duración, hace inviable la vista.

- Que el material pueda luego utilizarse por personas que no intervinieron en la fase instructora.

Y, finalmente, como corolario argumental, paradójicamente, se esgrime que el carecer de recursos y medios técnicos para la transcripción y el colapso de la oficina judicial no es argumento asumible pues es la procedencia jurídica,



necesidad y utilidad, las que determinan la práctica de las diligencias, y no las dificultades materiales para ello.

La Instrucción de la Fiscalía General 3/2017, sobre documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal se manifiesta en semejantes términos.

En definitiva “facilitar y simplificar las labores de consulta” como ya expuso el Informe de 15 de Septiembre 2005 del Consejo General del Poder Judicial, argumento que fue rechazado.

Facilidad, comodidad y agilidad, y ello, a pesar de carecer de recursos y medios técnicos para la transcripción y la situación de colapso de la oficina judicial, pues ello, al parecer, no es obstáculo para unir a las actuaciones, la transcripción literal escrita de lo que se hubiera grabado en los aparatos de sonido.

Resulta relevante la Sentencia de la AN Sec. 4ª, 6/2015, de 24 de febrero rec. 4/2014 al señalar que “Aquellos argumentos, resultan insostenibles, pues, en contraposición a ellos, cabe referir que es lo cierto que la transcripción (solicitada) de los CDs que contienen las declaraciones, de imputados y testigos, informes periciales y documentos...no se trata de un medio de prueba sin dejar de reconocer que la pretensión de haberse atendido, puede hacerla más manejable y acorde a la mecánica a la que se estaba acostumbrado. Pero son razones insuficientes pues desvirtuarían la tendencia actual de recopilar la información en soporte electrónico, cuando además, cada parte puede efectuar la transcripción a su costa, y no con la intermediación de los tribunales, cuya obligación es facilitar el soporte documental (en este caso electrónico) empleado por el órgano judicial.”

No parece posible defender una superior calidad de las declaraciones escritas, en la forma tradicional, sobre esas mismas declaraciones recogidas en soporte apto para la grabación de la imagen y sonido, la grabación es fidedigna, íntegra, completa y no solo recoge las palabras emitidas, también los gestos, la entonación, las expresiones y tono de voz, y permite unas declaraciones más espontáneas, ágiles, vivas.

Las declaraciones grabadas podrán ser fácilmente localizadas si se usan marcas y se indica el minuto, como hasta ahora se viene indicando el folio.

Y por cuanto el Legislador rechazó los argumentos vertidos en aquellos Informes de la Fiscalía, es concluyente afirmar que no resulta atendible que el tribunal o los jueces a *quibus* consideren oportuno, unir a los autos una transcripción escrita, cuya naturaleza jurídica es bien distinta a la del acta.

En este sentido se pronunció el Informe del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales de 20 de febrero de 2015 al afirmar que “*cumplida la función de documentación por medios electrónicos, las peticiones de transcripción realizadas por los Jueces del mismo tribunal o por órganos superiores, por el Ministerio*

*Fiscal o por las partes de un proceso, no afectan a la función de documentación, y por tanto, no tienen carácter procesal, lo que así podrá acordarse por resolución del Secretario Judicial que reciba la solicitud, o por acuerdo gubernativo dictado por el mismo”.*

No obstante, encontramos posturas diversas. Así, el Acuerdo del Pleno de la Sala de Gobierno del TSJ de Cataluña, de 28 de junio de 2016, que habla de que la falta de transcripción genera graves consecuencias, como la pérdida de funcionalidad y menoscabo de las garantías procesales, y solicitó al CGPJ que estableciera directrices a tal fin. Se puede constatar, pues, como aquella finalidad perseguida por la Ley (argumento teleológico) en orden a incidir en una mejor y más racional organización de los recursos, el reforzamiento claro de la particular figura del Letrado judicial, así como consideraciones de economía procesal y de medios, se subordinan a otros “objetivos”, a otros “valores”, a otros “fines” y a otros “intereses”, desconociendo la evidencia. En el citado Acuerdo, el Secretario de Gobierno formuló voto particular afirmando los argumentos que en este trabajo defendemos.

En contraposición, el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), de 28 de abril 2015 (6.17 Asuntos varios nº 248/2015), asume como propio el Informe que le fuera presentado por el Secretario de Gobierno, respecto al Auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería de 3 de marzo de 2015 que, estimando la apelación interpuesta por el Fiscal contra Auto del Juez Instructor de 21/10/2014, acuerda la transcripción solicitada, de 43 CDs que contienen las declaraciones de la instrucción del caso “Facturas”, aunque los medios para ello debe proporcionarlos la Consejería de Justicia.

Y, en méritos del citado Informe, acuerda la Sala de Gobierno del TSJA que “la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Almería...tiene una naturaleza gubernativa o administrativa, no jurisdiccional, en cuyo ámbito carece de competencia para dirigirse a una oficina Judicial que no es la propia” (por lo que de seguir entendiéndose la necesidad de realizar las transcripciones acordadas deberá ser la Oficina del Ministerio Fiscal que ha solicitado las mismas la que deberá asumir el coste de realizarlas”.

Del mismo modo, resulta muy significativa la siguiente sentencia, innovadora para su tiempo:

*“El soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de la documentación e información. Cualquier sistema que permita incorporar ideas, declaraciones, informes o datos susceptibles de ser reproducidos en su momento, suple con ventajas al tradicional documento escrito, siempre que existan instrumentos técnicos que permitan acreditar la fiabilidad y seguridad de los impresos en el soporte magnético... Se trata de una realidad social que el Derecho no puede desconocer”. (STS 1066/2009 de 4 nov. rec. 442/2009. Ponente: Martín Pallín, José Antonio).*

Finalmente, hay que reiterar, el artículo 230.3 LOPJ, según redacción dada por LO 7/2015 de 21 de Julio, que viene, de modo concluyente y definitivo a establecer, que “Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse”.

Tal redacción no constaba en el inicial Proyecto remitido a las Cortes Generales, y es fruto de la aprobación de la enmienda de modificación nº 377 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado justificada en que la misma “pretende adaptar la normativa a la implantación del expediente judicial electrónico y al uso de las nuevas tecnologías en el ámbito del proceso, haciendo efectivas las previsiones de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito de la Administración de Justicia. Asimismo, se pretende evitar la transcripción y posterior impresión en soporte papel y con ello el elevado coste que ello conlleva, salvo en aquellos supuestos en que resulte imposible su reproducción en juicio”.

Ello ha dado pie a que el CGPJ haya tenido que volver a pronunciarse sobre el tema, y lo ha hecho en Acuerdo de 21 de abril de 2017. El CGPJ señala que la transcripción desde soporte digital a soporte papel de las testificales y periciales no se ajusta al ordenamiento jurídico. La Comisión Permanente dice que corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia cuidar de que la grabación sea realizada con los oportunos puntos de control que permitan acceder con facilidad y agilidad a la parte que se precise. El órgano de gobierno de los jueces advierte de que para ello es absolutamente imprescindible que las Administraciones competentes pongan a disposición de los órganos judiciales los medios técnicos necesarios.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial ha aprobado un informe relativo a la transcripción desde soporte digital a soporte papel de las grabaciones de las declaraciones testificales y periciales practicadas en la fase de instrucción que concluye que “tales prácticas, en principio, no se ajustarían al ordenamiento jurídico”.

El órgano de gobierno de los jueces se ha pronunciado sobre esta cuestión en vista de los acuerdos de las Salas de Gobierno de varios Tribunales Superiores de Justicia en los que se dispone la transcripción a soporte papel de las informaciones testificales o periciales que se producen grabadas en soporte digital durante la fase de instrucción.

La Comisión Permanente señala, no obstante, que “el debido cumplimiento de la norma –el artículo 230.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse- exige que los órganos judiciales cuenten con los medios técnicos y humanos necesarios”.

A tal fin, el Consejo entiende que, “con sujeción al principio de legalidad y en ejercicio de sus competencias, corresponde a los letrados de la Administración de Justicia el deber de cuidar que la grabación sea efectuada con los oportunos puntos de control que permitan tanto al juez como al tribunal y a los abogados acceder con facilidad y agilidad al punto y momento que en cada caso precisen de la grabación efectuada para el ejercicio de sus funciones judiciales y profesionales, respectivamente”.

Para ello, añade la Comisión Permanente, “es absolutamente imprescindible que las Administraciones competentes -Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas con competencias en la materia- pongan a disposición de los órganos judiciales los medios técnicos que permitan llevar a cabo sin dificultad tales funciones y cometidos, para que la grabación, de una parte, recoja de manera absolutamente fidedigna, íntegra y completa la declaración y, de otra, sea posible con sencillez y rapidez acceder a cualquiera de los contenidos con plenas garantías. Con este objetivo, el CGPJ remitirá el informe aprobado a estas Administraciones”.

### **3. Decisión del Letrado de la Administración de Justicia.**

La documentación de las actuaciones compete al Letrado de la Administración de Justicia y la transcripción que se sugiere al Legislador (*tertium genus*), sin cobijo legal alguno, resulta ser un sucedáneo que sustrae garantías al ciudadano respecto del documento original obrante en soporte audiovisual. Esa exigencia de la transcripción escrita, que no resulta ni pertinente, ni relevante, ni necesaria, ni posible y que no deriva del principio de legalidad, lleva intrínseco el reconocimiento de la plena validez y legitimidad del documento obrante en el soporte audiovisual, debidamente garantizado por el Letrado de la Administración de Justicia.

Efectivamente, los Letrados de la Administración de Justicia son responsables de la función de documentación (454.1 LOPJ) y en el ejercicio de la fe pública judicial debe dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias, con total independencia (453.1 LOPJ), y puesto que desempeñan sus funciones con sujeción al principio de legalidad e imparcialidad en todo caso, al de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial (452.1 LOPJ) es por lo que no pueden recibir instrucciones particulares relativas a asuntos concretos en los que intervengan en calidad de fedatarios (465.8 in fine LOPJ).

En este orden de cosas, establece la STS, Sala 2ª, 1001/2009, de 1 de octubre, rec. 11395/2008, (Ponente Sr. Sánchez Melgar), que:

*“Difícilmente es hoy sostenible, con el contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el Tribunal pueda inmiscuirse en la fe pública judicial. El art. 452 les*

*atribuye el principio de autonomía e independencia en el ejercicio de la fe pública judicial. Y en igual sentido, el art. 454 dispone que los secretarios judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia”.*

Por su parte, las secciones penales de la AP de Madrid, adoptaron, en fecha 13/10/2014, el siguiente acuerdo:

*Se acuerda que la LOPJ y demás normas de aplicación permiten la grabación de toda actuación procesal o vistas y atribuye a los S. J. la función exclusiva de documentación y fe pública, careciendo los jueces y tribunales de competencia alguna en tales funciones.*

Establece 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, en su artículo 27, que:

1. Tendrán la consideración de documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente en la forma prevista en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título III de la presente Ley.
2. Tendrá la consideración de documento público el documento electrónico que incluya la fecha electrónica y que incorpore la firma electrónica reconocida del secretario judicial, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias, conforme a lo dispuesto en las leyes procesales.

En este sentido el artículo 26 del CP establece que “A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Esto es el documento informático o digital.

Como ya quedó indicado, el art. 454 de la LOPJ atribuye al Letrado de la Administración de Justicia la potestad en el ejercicio de la documentación de las actuaciones y ello supone potestad para decidir la forma de documentación de las declaraciones.

El Consejo Fiscal, en su informe de 25 de enero de 2015, vuelve a incidir en el asunto. En él se puede leer:

*“Sin embargo, y dada la redacción del art.433 LECrim declaración de testigos, donde la decisión se atribuye en exclusiva al Juez de Instrucción, no parece que sea el Secretario judicial el que en el proceso penal tenga la facultad discrecional e ilimitada que se pretende”.* Y vuelve a hacerlo en la Instrucción de 14 de junio de 2017.

Efectivamente, no hay norma sin excepción (art. 433 LECrim), mantenida en la reforma dada por Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. (BOE Núm. 101 de 28 de abril de 2015. Vigencia: 28/10/2015). El fundamento de ésta no es sino, en su caso, un supuesto de prueba preconstituida o para evitar la victimización secundaria, o cuando por la falta

de madurez de la víctima resulte necesario para evitar graves perjuicios, circunstancias éstas que, en nuestra opinión, sólo al Juez compete ponderar.

En efecto, en torno a delitos en los que sean víctimas menores, el art. 433 LECrim establece que el Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales.

Pues bien, sobre la cuestión relativa acerca de a quién atañe decidir el modo de documentar no cabe ninguna duda si acudimos al entorno de la Audiencia Provincial de Sevilla, en cuyo auto de la Secc. 7ª, 192/2014, de 27 de febrero, Rollo 570/2014, se dispone que *"Efectivamente, por cuanto "no es una cuestión estrictamente jurisdiccional puesto que afecta no al ejercicio de la potestad propia de jueces y tribunales, consagrada en el art. 117 de la Constitución, sino a la documentación de actuaciones procesales, que es competencia de los Secretarios Judiciales conforme a la legislación orgánica y procesal."* Sigue diciendo la meritada resolución, *"que se trate de una competencia del fedatario judicial tiene una relevante trascendencia en materia de recursos, puesto que la decisión que adoptase el fedatario judicial tendría su propio régimen de recursos de forma que, conforme a los arts. 238 bis y ter LECrim este asunto nunca habría llegado a la segunda instancia penal, estrictamente jurisdiccional en la que ahora se halla."*

Si por medio de la fe pública judicial pretendemos obtener seguridad, certeza y estabilidad jurídica, debemos salvaguardarla y velarla de un modo escrupuloso y fiable.

El Juez pudiera ser venal, arbitrario, parcial o caprichoso y para evitar este riesgo -o al menos, para que quede constancia documental si así fuese-, surge la fe pública judicial como delegación estatal y garantía de los litigantes frente al Juez, y es, a su vez, garantía y apoyo para el propio Juez ante la actitud o comportamientos irregulares.

El Letrado de la Administración de Justicia se ha de ver libre de mandatos, ataduras, presiones, esta es la *ratio essendi* de nuestra función, mal la podemos cumplir si puede verse sometido impune y sibilinamente a cualquier tipo de orden.

Se pregunta José Luis Gómez Arroyo, *"¿De qué vale un acta, si quien determina lo que ha de constar en ella y cómo se ha de hacer constar no el Letrado de la Administración de Justicia sino el Magistrado que preside, si no goza de la independencia para ejercer la función pública?"*.

### **3.1. ¿Qué previsión se ha barajado por el prelegislador en orden a compatibilizar la grabación con la declaración escrita?**

Los últimos trabajos prelegislativos en orden a la elaboración de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, o Código Procesal Penal, mantienen la necesidad de la declaración escrita, sin perjuicio de su grabación, entonces ¿qué sentido tiene la duplicidad de actas?

Efectivamente, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que fue elaborado siendo Ministro de Justicia, Francisco Caamaño, y cuyo Informe a la misma fue aprobado en Consejo de Ministros de 22 de Julio de 2011, en el artículo 381 del mismo, relativo a la documentación de la declaración del testigo, establecía:

Artículo 381. Documentación de la declaración

1. *La declaración del testigo será consignada en un acta escrita en la que constará la fecha y los nombres de los asistentes. El testigo podrá leer por sí mismo el contenido de su declaración. Si no lo hace, se le leerá en el acto.*

2. *El acta de la declaración será firmada por todos los asistentes. Si el testigo se niega, se hará constar indicando la causa de la negativa.*

3. *Sin perjuicio de lo anterior, la declaración será registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen.*

Y, por otro lado, sabido es que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 2 marzo de 2012, aprobó el Acuerdo por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que después pasaría a denominarse Código Procesal Penal. El trabajo de la Comisión fue presentado el 25 de febrero 2013, por el, entonces, Ministro de Justicia, Alberto Ruiz Gallardón.

El referido Código Procesal Penal en sus artículos 268 relativo al acta de la declaración del encausado, y el artículo 382 relativo a los aspectos formales del acta y la grabación de la declaración del testigo, establecen:

Artículo 268. Acta de la declaración

1. *La declaración del encausado será consignada en un acta escrita en la que constará la fecha, la hora y los nombres de los asistentes.*

2. *La declaración se documentará, además, en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y, si es posible, de la imagen. En el caso de que no estuvieran disponibles dichos sistemas de documentación, se consignará en el acta el traslado de la imputación realizado por el Fiscal, las preguntas formuladas y las respuestas dadas por el encausado. El Fiscal consignará en el acta las manifestaciones que realice el encausado.*

3. *Se reflejarán en el acta las manifestaciones que hubiera hecho el encausado para su exculpación o para la explicación de los hechos. Asimismo, se harán constar las protestas y reclamaciones que hubiera realizado el encausado o su Abogado.*

4. *La grabación de la declaración del encausado solamente podrá ser utilizada para los fines del proceso penal. Las partes podrán solicitar una copia de la misma, que les será entregada con indicación expresa de la prohibición de realizar nuevas copias o de divulgar su contenido. Las copias de la grabación deberán ser devueltas al Ministerio Fiscal o al Tribunal cuando su utilización en el proceso ya no resulte necesaria.*

5. *El encausado y su Letrado tendrán derecho a leer por sí o a solicitar que le sea leída la declaración si se ha transcrito en el acta. El Fiscal informará al encausado de que le asiste este derecho.*

*El acta será firmada por todos los intervinientes en la declaración. Si alguno de ellos no supiere hacerlo o se negará a firmar se hará constar, con indicación de la causa de la negativa.*

Artículo 382. Aspectos formales del acta y la grabación de la declaración

1. *La declaración del testigo será consignada en un acta escrita en la que constará la fecha, la hora y los nombres de los asistentes. En el acta se consignará el relato ofrecido por el testigo y las respuestas dadas por el mismo. Se reflejará la literalidad de las declaraciones de los intervinientes.*

2. *El testigo podrá leer por sí mismo su declaración. Si no lo hace, le será leída. El acta de la declaración será firmada por todos los asistentes, que podrán hacer constar las objeciones que consideren oportunas. Si el testigo se negare a firmar, se hará constar con indicación de la causa de la negativa.*

3. *La declaración podrá ser registrada en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen, en cuyo caso podrá documentarse mediante acta sucinta que se remitirá a la grabación en lo concerniente al contenido de la declaración.*

4. *Las grabaciones a que se refiere al apartado anterior solamente podrán ser utilizadas para los fines del proceso penal. Las partes tendrán derecho a obtener una copia de las mismas, que les será entregada con indicación expresa de la prohibición de realizar copias de la misma o de divulgar su contenido. Las copias de la grabación deberán ser devueltas al Ministerio Fiscal cuando su utilización en el proceso ya no resulte necesaria.*

En consecuencia, el uso de los medios de grabación, que deriva genéricamente de la LOPJ, apunta en favor del proceso debido y sin dilaciones, es respetuoso con el derecho a la prueba. Y en este sentido, y, en cualquier caso, debe ser el Legislador quien arbitre las precisiones necesarias en orden al modo de documentar, para preservar algún derecho, o evitar perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. En ningún caso, pues, una mera decisión judicial interlocutoria puede suplir la exigencia de cobertura legal.

Debe recordarse, finalmente, que la transcripción no es documento del proceso, y cuya finalidad y fundamento ya hemos considerado anteriormente, no deriva del principio de legalidad, ni resulta pertinente, ni relevante, ni necesaria, ni posible.

#### **4. Conclusiones**

Recojo aquí las que, ya en su día advirtió Federico Alarcón Herrera, pues de cuantas disposiciones legales citadas anteceden pueden extraerse las siguientes conclusiones:



1) Es ajustada a Derecho la documentación de las declaraciones sumariales de imputados, víctimas y testigos en soporte audiovisual.

2) La decisión de documentar las actuaciones en soporte audiovisual, compete al Letrado Judicial con sujeción al principio de legalidad. La excepción a esta regla general consta prevista en el artículo 433 LECrim.

La conveniencia de prescindir de la grabación, a que se refiere el artículo 123.6º LECrim, por cuanto con ello, supuestamente se deben tutelar otros bienes jurídicos, debe motivarse, y, en nuestra opinión, ponderarse por el Juez.

3) Las actuaciones documentadas en soporte audiovisual no precisan de acta escrita.

4) Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse (230.3 LOPJ en su redacción dada por LO 7/2015).

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 147 LEC, en su redacción dada por LO 7/2015.

5) Si no hay necesidad de acta escrita, mucho menos la podrá haber de la transcripción.

La transcripción no compete al Letrado de la Administración de Justicia. La transcripción es un añadido (*extra procesum*), no sustentado en el principio de legalidad, que sustrae garantías al justiciable y su "utilidad" no fundamenta su procedencia jurídica.

6) La obligación del órgano instructor es facilitar el soporte documental (en este caso electrónico) a las partes.

7) No resulta atendible, por ser contrario a derecho, que el juez o tribunal o los jueces a *quibus*, al ser una cuestión de índole gubernativa o administrativa, no jurisdiccional, consideren oportuno y/o acuerden unir a los autos una transcripción escrita, cuya naturaleza jurídica es bien distinta a la del acta.

Los jueces carecen de competencia para dirigirse a una oficina Judicial que no es la propia.

8) Cada parte, en su caso, puede efectuar la transcripción a su costa, y no con la intermediación de los tribunales.

Las transcripciones que solicite el Ministerio Fiscal, en su caso, es competencia de su propia Oficina, la que deberá asumir el coste de realizarlas.

9) La aplicación del artículo 714 LECrim no encuentra merma alguna en ello. La lectura no es el único modo de evidenciar la contradicción.

De la ilusión y compromiso que pongamos todos aquellos que podamos tener algún papel en este proceso dependerá, no el qué, que es inevitable, pero sí el cuándo, algo por lo que los ciudadanos podrán y deberán preguntarnos y exigiendo una respuesta convincente. Estas últimas palabras no las ha dicho un Letrado de la Administración de Justicia, sino Juan Carlos Suárez Quiñones y Fernández, Magistrado y Juez Decano de León.

### **5. Bibliografía**

GÓMEZ RECIO, F.: “Sobre la absoluta inconveniencia de grabar las declaraciones de imputados y testigos durante la instrucción penal”. *Revista Diario La Ley* nº 8578, 2015.

GÓMEZ RECIO, F.: “Sobre la imperiosa necesidad de consignar en acta escrita las declaraciones de investigados y testigos durante la instrucción penal”. *Revista Diario La Ley* nº 8692, 2016.