

**6.17- ASUNTOS VARIOS nº 00000248/2015.-** Expediente relativo a comunicación recibida de la Secretaria Judicial del Juzgado de Instrucción nº 6 de ALMERÍA, en relación con la problemática planteada en P. Abreviado nº 98/14 seguido en ese Juzgado, en relación con las transcripciones de 43 CDs, que contienen las declaraciones de imputados y testigos realizadas en dicho procedimiento **y la Sala de Gobierno, por unanimidad, acuerda ASUMIR como propio el informe presentado a esta Sala por el Secretario de Gobierno, del tenor literal siguiente:**

**“A) Supuesto de hecho determinante de la comunicación recibida en la Secretaría de Gobierno.- El auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, acordando la transcripción escrita de los 43 CDs que contienen las declaraciones de la instrucción del caso 'Facturas'**

Se plantea a la Sala de Gobierno, el problema surgido como consecuencia de la resolución dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, al conocer en apelación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Auto de 21 de octubre de 2014, dictado por el Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número 6 de Almería en Procedimiento Abreviado 98/2014 (el denominado caso “FACTURAS”), en el que se accedía a la práctica de determinadas diligencias complementarias solicitadas por el mismo al amparo del artículo 780.2 de la LECrim, pero se denegaba una octava petición, relativa a la transcripción escrita de los 43 CDs que contienen las declaraciones prestadas en la instrucción de dicho procedimiento.

Dicha Sección Segunda, por Auto de 3 de marzo de 2015, estima la apelación interpuesta por el Ministerio Fiscal y acuerda que se realice la transcripción solicitada, si bien en los razonamientos jurídicos de dicha resolución, se señala que la Administración competente para proporcionar los medios a fin de llevar a cabo la misma, es la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía.

Recibido el auto en el Juzgado de Instrucción, por la Secretaria Judicial del mismo se requirió a dicha Consejería a tal efecto. Sin embargo, la contestación de la misma ha sido denegatoria de lo solicitado, alegando insuficiencia presupuestaria y estimándose desde la Secretaría General que debe ser el Juzgado, manualmente, el que realice la transcripción acordada.

Ante esta situación, el órgano afectado se dirigió a la Unidad de Apoyo para Causas de Corrupción del Consejo General del Poder Judicial (UACC) en solicitud de ayuda y la misma se ha pronunciado señalando que deberán ser la Comunidad Autónoma o el Tribunal Superior de Justicia (sic), los que proporcionen los medios necesarios para la transcripción de los CDs.

Dado que el Juzgado ya conoce la respuesta de la Consejería de Justicia e Interior, se ha dirigido a esta Sala de Gobierno.

**B) Consideraciones Jurídicas y prácticas acerca del problema de las transcripciones. Especial referencia al informe del Consejo Fiscal de 23 de enero de 2015.**

La problemática derivada de la necesidad de transcribir las declaraciones grabadas en fase de instrucción en procedimientos penales, no es un supuesto exclusivo originado en Almería como consecuencia de la resolución antes citada. Muy al contrario, se trata de un tema que en el momento actual ha cobrado especial vigor y conflictividad y del que ya se han ocupado varias Audiencias Provinciales en diferentes ámbitos territoriales del Estado español, con resoluciones de sentido contradictorio, y que constituyó parte relevante del informe que el Consejo Fiscal emitió con fecha 23 de enero de 2015 en relación con el *Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas*, en el que se apuesta decididamente por la incorporación en la reforma de un nuevo artículo 119 de la LECrim que establezca la obligatoriedad de realizar las transcripciones escritas de las diligencias instructoras grabadas.

Se cita expresamente este informe del Consejo Fiscal, porque se va a utilizar como referencia principal de la tesis que defiende la necesidad de dichas transcripciones, y esto por tres razones fundamentales: a) porque es el documento que con mayor amplitud y profundidad, de los que se dispone, se ha ocupado del tema que constituye el objeto de este informe; b) por su cercanía en el tiempo (enero pasado) y contener en su texto el tenor de las resoluciones que al respecto han dictado diferentes Audiencias Provinciales apoyando dicha tesis; por último, c) por constituir el marco argumental en el que se inspiró el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en el PA 98/14, que dio lugar al auto de la Sección Segunda de la Audiencia de Almería, estimando su petición.

La posición que se defiende se puede concretar de la siguiente forma: en el ámbito del proceso penal y, específicamente en la **fase de instrucción** a diferencia de la de juicio oral, las declaraciones de imputados, procesados, testigos o peritos han de constar **obligatoriamente** en formato escrito, por lo que, de haberse incorporado al proceso las mismas únicamente en soporte audiovisual, habrán de ser transcritas a papel siempre que así lo estime de oficio el tribunal o lo solicite alguna de las partes. Lo que se discute, se afirma en el informe, **no es la legalidad ni la legitimación para hacer uso de los medios de grabación audiovisual en la documentación de los autos judiciales, sino su SUFICIENCIA, es decir, la exclusividad del soporte**

**audiovisual sin ir acompañado de acta escrita.** Así lo recoge el citado informe del Consejo Fiscal y se citan en apoyo de dicha tesis diferentes autos de la Audiencia Provincial de Valencia (18-7-2006, 30-5-2008 y 10-2-2010), en uno de los cuales se señala que “...*Examinado lo actuado, la Sala comparte plenamente el criterio del Ministerio Fiscal y de otras Secciones de esta Audiencia Provincial, entendiendo que, 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, entendiendo que además de la grabación en soporte digital, debe existir acta extendida bajo la fe del Secretario Judicial*”, ya que “... *hay que tener en cuenta que existen normas procesales penales... 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...*”

Se entiende desde esta posición, que hay una diferencia esencial reguladora entre el orden jurisdiccional civil y el penal, y, dentro de este último, entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral. Se opone, por tanto, a la cada vez más habitual práctica forense, que tiene como origen las modificaciones legales producidas al amparo de la *LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*.

En síntesis, los argumentos que justifican la propuesta al legislador del informe del Consejo Fiscal, se pueden concretar en los siguientes:

1. La exclusividad de los secretarios en el ejercicio de la fe pública judicial no legitima sin más la documentación únicamente en soporte audiovisual en contradicción con LECrim. De la lectura detallada de los artículos 453.1 y 230 LOPJ se concluye que la producción de hechos con trascendencia procesal se realizará mediante las oportunas actas y diligencias y que la utilización de medios técnicos de grabación o reproducción, es una posibilidad, no una imposición preceptiva, que en modo alguno supone que estos medios no puedan ir acompañados de actas escritas, y menos que tales “medios técnicos”, supongan que quedan suprimidas las actas escritas de las diligencias de declaración de imputados o testigos. Por tanto, se admite la utilización de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de la actividad y ejercicio de las funciones judiciales, pero se condiciona su utilización no solo a las limitaciones de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (protección de datos), sino a las “demás leyes que resulten de aplicación” (es decir, la normativa de la LECrim). Los secretarios judiciales ostenta en exclusiva la facultad de documentación, ubicada en el ámbito de la fe pública judicial, pero ésta ha de ser ejercida con respeto a la legalidad vigente.

2. La supletoriedad de la LEC no tiene respaldo legal sólido, porque la LECrim, en su regulación específica sobre la materia en los artículos 385 y siguientes, contiene numerosos preceptos que presuponen la existencia de acta escrita y que no han sido modificados por la Ley 1/2009, como sí lo fueron, entre otros, los artículos 145 y 147 de la LEC o el artículo 743 de la LECrim. Se citan, a tales efectos, los artículos 397, 416, 437 párrafo 3º, 402, 443 párrafo 2º, 444, 448 y 478.
3. Los supuestos excluidos en el ámbito de la instrucción de esta regla general de formato escrito, responden a razones excepcionales y se han de considerar taxativos y no extrapolables a otros supuestos de la misma. Así, se señalan los artículos 433, 777.2, 797.2 LECrim. Se cita Auto AP Islas Baleares de 23-1-12, que comparte la misma tesis.
4. Por tanto, por esta regulación específica, se entiende que no son de aplicación supletoriamente los artículos 145 a 147 y 187 LEC (en este último, se suprimió expresamente la previsión relativa a la oportunidad de realizar una transcripción escrita de lo grabado)
5. No obstante esto, el informe del Consejo Fiscal se ocupa de analizar qué pasaría si, a pesar de lo anteriormente razonado, se entendiera aplicable supletoriamente la LEC. En tal caso, entienden que no serían de aplicación los artículos 145 y 147 de la misma, pues en este último se circunscriben sus previsiones legales a “vistas, audiencias y comparecencias”, conceptos que entienden no son aplicables a las declaraciones de la instrucción, por lo que, razonan, sería de aplicación el artículo 146 LEC “*1. Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias*”, lo que, según ese informe, hace referencia a medios escritos de documentación.
6. Complementariamente, se entiende por tanto, que no se puede hacer una aplicación extensiva de los artículos de la LECrim 743 ni del 788.6 LECrim, ya que están pensados para el juicio oral y no para la fase de instrucción.
7. Por otro lado, examinando los artículos modificados de la LECrim por la Ley 13/2009, parece que el legislador no ha deseado que las declaraciones prestadas en instrucción fuesen objeto de grabación, puesto que si hubiera estado en su voluntad suprimir el acta escrita y sustituirla por la grabación, así lo habría contemplado expresamente. Que el legislador en las sucesivas reformas mantenga la documentación por escrito del material instructor tiene todo el sentido, para este informe, en la medida en que la documentación escrita no tiene una finalidad coincidente con la de mera documentación de un juicio oral presidido por la inmediación y oralidad; sino que al contrario, se

trata de un material que pueda ser utilizado luego por personas que no han intervenido en esa fase instructora. Se citan Auto AP Valencia de 10-2-2010, el Auto AP Islas Baleares de 23-1-2012; y el Auto Audiencia Provincial de Girona de 4-4-2003.

8. Como razón esencial, se estima que el uso exclusivo de la grabación de las declaraciones en fase de instrucción, al infringir preceptos procesales de la LECrim, puede ocasionar la vulneración de derechos fundamentales: derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, de una parte; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de otra. Se cita la vulneración de preceptos como el artículo 402 LECrim, en relación al mismo momento de la instrucción, o el 714, para el uso del material de las diligencias instructoras en el momento del plenario.
9. Como último argumento, se alega que la grabación no garantiza la autenticidad e integridad de las declaraciones, porque las copias que se han de facilitar de las mismas, pueden ser fácilmente manipulables

Hasta aquí, la enumeración detallada de las razones que hace valer el informe del Consejo Fiscal, para solicitar al legislador que incorpore a la nuevo Código Procesal Penal un nuevo artículo 119 que imponga la obligatoriedad de las transcripciones (algo ya eliminado expresamente en el artículo 187 de la LEC). Y son estas razones las que se analizan a continuación.

**B1.- La LECrim tiene una regulación específica en relación con las declaraciones a practicar en el ámbito de la fase de instrucción del proceso penal que, de un lado, excluye la aplicación supletoria de la LEC y, de otra, exige la documentación escrita de las mismas, aunque no se opone a que puedan ser grabadas.**

El ejercicio de la fe pública judicial en el ámbito de la documentación de los actos procesales por parte del Secretario Judicial, no es discutido por el informe del Consejo Fiscal, ni por ninguna de las resoluciones dictadas por distintas Audiencias Provinciales que dicho informe recoge en apoyo de sus conclusiones. Tampoco por el Fiscal cuyo recurso de apelación, estimado por la Audiencia Provincial de Almería, está en el origen de que el tema de las transcripciones haya llegado a esta Sala de Gobierno. Se matiza, sin embargo, ese reconocimiento: su alcance no es ilimitado, sino que tiene que supeditarse o, dicho de otra forma, encuentra su límite, en el respeto a la legalidad vigente. Esta afirmación, no puede menos que compartirse en un Estado de Derecho.

Desde esta perspectiva, no obstante, se añade algo que ya no es tan fácil de compartir: si el Secretario Judicial opta por documentar las declaraciones instructoras

únicamente mediante soporte audiovisual, contraviene las normas de la LECrim y, por tanto, excede su ámbito legal de ejercicio. Esta afirmación del informe del Consejo Fiscal se complementa con una aclaración: no es que sea ilegal la grabación de esas declaraciones, lo que es ilegal es que sea el único soporte o formato que las contenga; y esto porque se consideran INSUFICIENTES.

Hay una primera pregunta que surge inmediatamente: ¿si esa tesis es correcta, para qué las grabaciones? ¿para qué crear un documento electrónico carente de utilidad y que no va a ser usado por los que, con posterioridad, han de tener interés en el acceso a esas declaraciones, con un despilfarro inútil de los escasos recursos disponibles? Lo coherente en ese caso parece que sería postular que se prohibieran las grabaciones en fase instructora y, exclusivamente, se formalizaran por escrito.

Sin embargo, la verdadera cuestión que hay que dilucidar, para valorar en sus justos términos ese planteamiento, es si es cierto o no que la LECrim establece perentoriamente la obligatoriedad de la constancia escrita de las declaraciones instructoras. El término “obligatoriedad” ha de usarse sin duda. Sólo si esa prevención es exacta desde un punto de vista legal, se podrá exigir al Secretario judicial que ejerza su facultad de documentación por escrito. Porque lo que ha de tenerse en cuenta es que el Secretario judicial **a lo que, en términos generales, se le está obligando es precisamente a lo contrario**.

Tomemos en consideración algunos de los diferentes ámbitos desde los que lo que se impulsa es, cada vez en mayor medida, el uso de los medios tecnológicos para el desarrollo de la actividad procesal:

a) El texto concluyente 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* (en ningún momento mencionada en el informe del Ministerio Fiscal), en su artículo 8:

*“Los sistemas informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia serán de uso obligatorio en el desarrollo de la actividad de los órganos y oficinas judiciales y de las fiscalías por parte de todos los integrantes de las mismas, conforme a los criterios e instrucciones de uso que dicten, en el ámbito de sus competencias, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Administraciones competentes, así como a los protocolos de actuación aprobados por los Secretarios de Gobierno”*

Y, en lo relativo a lo prescrito por dicha ley en materia de documentos electrónicos y la aplicación de la la misma ley a las fiscalías, la Disposición adicional novena de la misma no deja lugar a dudas:

*“Las referencias contenidas en el texto y articulado de la presente Ley a las oficinas judiciales, actividad judicial, juzgados y tribunales, sede judicial electrónica, órganos judiciales, expediente judicial electrónico, documento judicial electrónico, registro judicial electrónico y procedimiento judicial, serán de aplicación equivalente y se entenderán referidas igualmente a las oficinas fiscales, actividad fiscal, fiscalías, sedes fiscales electrónicas, expedientes fiscales electrónicos, registros fiscales electrónicos y procedimientos de cualquier tipo que se realicen y tramiten por el Ministerio Fiscal”*

b) La propia jurisprudencia. El informe del Consejo Fiscal, que reitera en varias ocasiones las resoluciones dictadas por varias Audiencias Provinciales (las favorables a su tesis), no recoge en su texto sentencia alguna del Tribunal Supremo. Citemos una de 4 de noviembre de 2009:

*“el soporte papel ha sido superado por las nuevas tecnologías de 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”*

c) Por último, normas orgánicas y procesales. Los artículos 229, 230, 453.1 y 454 de la LOPJ, 145 a 147 y 187 de la LEC y 743 y 788.6 de la LECrim, entre otros, no son sino reflejo de esa “presión” que recae sobre el secretario judicial para utilizar los medios técnicos en cuantos actos procesales sea posible y, únicamente si esto no es posible, acogerse a la forma escrita. Por reflejar, en lo que importa, únicamente uno de dichos preceptos, al que tampoco se hace referencia en el informe del Consejo Fiscal. Artículo 454 LOPJ:

*“1.- Los secretarios judiciales son responsables de la función de documentación que les es propia, así como de la formación de los autos y expedientes, dejando constancia de las resoluciones que dicten los jueces y magistrados, o ellos mismos cuando así lo autorice la ley.*

...

*5.- Promoverán el empleo de los medios técnicos, audiovisuales e informáticos de documentación con que cuente la unidad donde prestan sus servicios.”*

En el mismo sentido, el artículo 11.a) del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

En este panorama general, que con toda lógica “empuja” a los secretarios judiciales (y no sólo a ellos) a asumir las ventajas tecnológicas y el “sentir” de los tiempos, es en el que, el informe del Consejo Fiscal y cuantos con él coinciden, se afirma que existe un ámbito muy concreto, la instrucción del proceso penal, en el que lo que es obligatorio es lo contrario: documentar por escrito las actuaciones procesales.

Habrá que convenir que poderosas razones jurídicas han de existir para que pueda aceptarse excepción tan importante. Pues bien, para analizar la misma, hay que tomar en consideración los argumentos que se utilizan al respecto:

a) En primer lugar, que la aplicación supletoria de la LEC, en defecto de regulación específica de las leyes procesales de aplicación en los demás órdenes jurisdiccionales, establecida en el artículo 4 de la misma, carece de fundamento a estos efectos, pues la LECrim tiene sus propias normas reguladoras de la fase de instrucción que excluyen la supletoriedad. Por tanto, los artículos 145 a 147 y 187 LEC, no son de aplicación.

b) Que los artículos 743 y 788.6 LECrim, no son de aplicación extensiva a la fase instructora, pues están pensados para el juicio oral.

c) Que cuando el legislador ha querido establecer en la fase instructora la grabación de una determinada diligencia, (artículos 433, 777.2 y 797.2 LECrim), lo ha hecho de forma expresa y por razones excepcionales para supuestos taxativos no extrapolables, demostrando que su voluntad ha sido mantener sin reforma los artículos 385 y siguientes LECrim, que, según el informe del Consejo Fiscal, imponen la forma escrita, por ser esencial a su naturaleza y función dentro del proceso penal.

Todo, por tanto, gira en torno a esos preceptos, los artículos 385 y siguientes de la LECrim, que, no siendo modificados por la ley 1/2009 ya aludida, según ese informe se expresan de tal forma que exigen la forma escrita en las declaraciones que regulan. Extractemos algunas de las expresiones de esos preceptos, que no se olvide, son los que el informe del Consejo Fiscal invoca en apoyo de su tesis: el 397 prevé que el procesado dicte su declaración o que lo haga el Secretario “procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras...”; el 416 prevé que el Secretario judicial consigne la contestación que el testigo dé al Juez, cuando éste le advierta de su derecho a no declarar contra el procesado “pariente”; el 437.3, recoge la posibilidad de que el testigo pueda dictar la declaración por sí mismo; el 402, que el procesado puede leer su declaración; el 443.2, regula la obligación del Juez de advertir a los interesados su derecho a leer por sí mismos sus declaraciones; el 444, señala quiénes deben firmar las declaraciones, con la autorización del Secretario; el 445, regula lo que debe quedar excluido de la declaración y lo que debe contener la



misma; el 450, que trata el tema de las tachaduras, enmiendas o lo que se hace constar entre renglones; y, por fin, el 478, que regula la descripción del objeto de la pericia y estado en que se halle, dictada por los peritos y recogida por el secretario.

Es evidente que dichos preceptos están pensando en la forma escrita. Incluso alguno en la forma escrita ¡previa al ordenador! (es decir, cuando se trabajaba con máquinas de escribir y papel de calco: el 450, ¡tachaduras, enmiendas, entre renglones!). Pero parece lectura mucho más adecuada entender que se expresan de tal forma únicamente porque aún no han sido modificados. Muchas de las prevenciones que recogen, se hacen justamente porque no se disponía en el momento de su redacción de un medio como el que actualmente permite grabar, no ya las palabras, sino el acto completo integralmente considerado. Obsérvese que ese objetivo deseado, casi imposible de alcanzar (“...procurando, en cuanto fuere posible...), de recoger fielmente, literalmente, las palabras del procesado, carece completamente de sentido si la declaración se graba. Los dictados, las lecturas, la firma del acta..., todas esas prevenciones que buscaban garantizar que el reflejo documental del acto fuera lo más exacto posible, hoy en día son absolutamente innecesarias si el acto se graba ¡Qué inmenso regalo de la tecnología! Parece más lógico pensar que prescindir de tales ventajas exige algo más que la lectura literal de unos preceptos no modificados y que se toman en consideración aislados de un contexto legal que debería presidir su interpretación.

Para ello se entiende que su no modificación responde a una voluntad expresa del legislador de mantenerlos, por estimar necesaria la forma escrita de esas declaraciones, dada la naturaleza y papel que juegan las mismas dentro del proceso penal. Por lo tanto, ya no es al texto de esos preceptos al que hay que acudir sino a la voluntad del legislador que los ha mantenido.

Muy determinante ha de ser la razón de esa voluntad del legislador, contraria a lo usual y al devenir de unos tiempos claramente dirigidos al expediente digital y que ya se van manifestando incluso en impedir poco a poco que las propias partes aporten “papel” a los órganos judiciales, como para que esa sea la verdadera interpretación de la misma.

## **B2.- La posibilidad de que la exclusiva documentación de las declaraciones de la fase de instrucción en formato digital, puedan vulnerar derechos fundamentales.**

A tal efecto, el Consejo Fiscal aporta un argumento, que de ser cierto, sería desde luego de peso: el incumplimiento de esos preceptos de la LECrim (en la forma en que los interpreta dicho informe), determinaría la vulneración de derechos fundamentales, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con garantías, de un lado; y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de otro.

→ *Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías*

En primer lugar, se cita a tal efecto el artículo 402 LECrim, que establece el derecho del procesado a leer su declaración para rectificarla, aclararla o puntualizarla. En el entender del informe del Consejo Fiscal, la exclusiva incorporación digital de la declaración al proceso impide el ejercicio de este derecho. Sin embargo, no se entiende por qué. Dígase antes que nada que la utilidad de lo prevenido en ese precepto, decae notablemente si la declaración se graba, pues su fundamento básico estaba en la posibilidad de que la redacción del texto escrito de su declaración no se ajustara a lo que quería decir. No obstante, si algún procesado quisiera ver lo que ha declarado, no hay problema técnico para que lo haga. Ni tampoco para volver a grabar, si decidiera hacer aclaraciones o puntualizaciones. Señala el informe que dicho visionado no se hace nunca. No sabemos si la razón es que no se solicita a la vista de la fiabilidad de la grabación, pero, en cualquier caso, que no se haga no puede ser un argumento contra la grabación. Tampoco, infortunadamente, el Juez, el secretario o ambos a la vez, están presentes en muchas declaraciones ante los Juzgados de Instrucción, en muchos casos ante la gran cantidad de ellas que es necesario realizar simultáneamente, y esto no se puede usar como argumento contra la necesidad de que estén presentes. Si lo que se quiere alegar es que este proceso puede alargar las declaraciones, lo que es bastante discutible, tómese en consideración la enorme ventaja que supone que dicha declaración quede incorporada de forma objetivamente completa, con un salto cualitativo extraordinario sobre su formalización escrita, que, aunque consiguiera reflejar exactamente las palabras dichas, siempre perdería el componente audiovisual de la declaración. Cualquiera puede entender hasta qué punto supone esa percepción un avance enorme para comprender lo declarado para quien no presenció el acto cuando se grabó. ¿Acaso no atenta mucho más contra el derecho a la tutela judicial efectiva y un juicio con garantías, esas actas escritas por intermediarios que, incluso con la mejor voluntad y capacidad, son incapaces de recoger exactamente lo que se dice, cuando no introducen su subjetiva percepción de lo declarado?

En segundo lugar, se cita igualmente, como supuesto de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio con garantías, la casi imposibilidad de aplicar lo establecido en el artículo 714 de la LECrim, es decir, la posibilidad de detectar las contradicciones entre lo declarado en la instrucción y en el plenario y, caso de detectarlo, de hacerlo valer en este último, todo ello por las dificultades de reproducción de los medios electrónicos en los que constan las declaraciones o el retraso que esto produciría en el juicio.

Sobre esta alegación hay que detenerse algo más. Se podría decir lo mismo que en el apartado anterior. No se trata de un problema jurídico sino de la utilización de los medios técnicos necesarios para lograr el objetivo de dicho precepto. Es aquí

dónde hay que introducir la reivindicación de la actuación en lo necesario de la Administración prestacional y exigir la diligencia debida a todos los que participan en el proceso de creación del documento electrónico. La tecnología no puede constituir un obstáculo sino una ayuda para el órgano enjuiciador, para el que, no se olvide, se prepara todo el material de la instrucción y a cuya facilidad de conocimiento del tema de fondo, se dirige toda la actividad instructora. No hay que insistir en el incremento cualitativo de información que proporciona la grabación frente al soporte escrito. Sin embargo, el uso de esa información grabada, ha de ser necesariamente ágil. Para ello deberían alcanzarse dos objetivos ineludibles:

a) que el material grabado, esté debidamente indexado. Para ello, los medios telemáticos tienen recursos muy superiores a los del papel escrito. De hecho, ningún sumario escrito ha sido nunca indexado y sí únicamente foliado. Pero existiendo esos recursos técnicos, hay que exigir que se implemente la posibilidad de su uso y que se usen, una vez implementados. La documentación digital no debe ser nunca un bloque indistinto que haga imposible la navegación por su contenido. Pero esto no puede ser un argumento contra las grabaciones sino el fundamento de una doble exigencia: para la Comunidad Autónoma con competencias transferidas o para el Ministerio, aportar una aplicación que por sí misma o con la intervención humana, permita marcar los hitos que harán de índice del documento; para el Juzgado de Instrucción, la obligación de usar debidamente esa aplicación en la forma en que sea necesaria a esos efectos.

b) que en todos los órganos de la jurisdicción penal en que sea necesario, existan no sólo instrumentos de grabación sino también de reproducción de lo grabado, a los fines de cumplir con esas exigencias a que se hace referencia en el informe del Consejo Fiscal. Medios de reproducción y aplicación que los controle y que permita ágilmente sustituir un elemento grabado por otro y situarse rápidamente en el punto deseado.

→ *Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Señala también el informe del Consejo Fiscal el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como obstáculo a la exclusividad de la grabación. Como argumento de vuelta inmediata, se podría decir que lo que provoca dilaciones indebidas es tener que transcribir lo grabado. Pero es necesario centrarse en un argumento que el Consejo Fiscal acompaña a esta alegación: el problema de la necesidad de que tanto el órgano Juez de Instrucción, como las partes, como el propio órgano jurisdiccional que ha de conocer la apelación, tengan que realizar el examen de la instrucción en “tiempo real”, es decir, dicho en román paladino, que tengan que visionar los CDs ¿Qué decir ante este argumento? Se podría decir que con el papel también había que leer todos y cada uno de los folios en los que se contenían las declaraciones, a veces miles de folios. Se podría decir, que si ahora debe apuntarse el

minuto exacto de lo que interesa en el visionado, antes debía señalarse el folio exacto del sumario que contenía la declaración interesada. Podría decirse que el hecho de que un proceso pueda ser más ágil que otro, puede depender de la tecnología que se use o de la costumbre de usarla. Pero, sobre todo, lo que se puede decir es que es tal la ventaja que proporciona la constatación exacta de lo que se declaró en la instrucción (o en el juicio oral, para el recurso), que los inconvenientes, de existir, del visionado en “tiempo real” de la instrucción, han de ceder ante la misma, porque dicha ventaja sí que de verdad supone un respeto escrupuloso a la realidad de lo declarado y, por tanto, al derecho a la tutela judicial efectiva, que esas actas escritas, incluso redactadas por el mejor secretario judicial del mundo, jamás podrían conseguir. Por lo tanto, de haber dilación, no sería indebida.

### **B3.- La supletoriedad de la LEC**

No hay razones, por tanto, para no considerar de aplicación, en lo necesario, a la LEC o a la LOPJ en la fase de instrucción del proceso penal en lo relativo a la grabación de las declaraciones. El informe del Consejo Fiscal, quizá porque no tiene muy claro que dicha supletoriedad no exista, dedica una parte de su informe a señalar que, caso de ser así, lo previsto en el artículo 145 y 147 no sería de aplicación a las declaraciones de imputados, procesados, testigos o peritos, pues se hace referencia a “vistas, audiencias o comparecencias”, y las declaraciones no lo son, debiendo atenderse entonces, entiende el informe, al 146 LEC, que respecto de otros actos procesales habla de “actas y diligencias”. El argumento no merece muchos comentarios. Lo cierto es que el análisis del informe del Consejo Fiscal entiende de una manera excesivamente restringida los términos del artículo 147 LEC, que, por otra parte, en el ámbito civil no han producido el menor problema para la grabación de declaraciones. Pero es que además es indiferente. El artículo 146, que reivindica como aplicable el tan citado informe, habla de actas y diligencias. ¿Acaso no constituyen actas a todos los efectos los soportes grabados? Basta no pararse en la lectura del artículo 146 donde se para el informe del Consejo Fiscal y terminar la misma, para comprobar que el propio artículo 146 LEC también habla de grabación.

### **B4.- La falta de garantías de la autenticidad del documento grabado**

El informe del Consejo Fiscal señala que hay que emitir copias del documento original custodiado por el Secretario Judicial y que éstas pueden ser falsificadas. Se podría decir, como inmediata respuesta, que el original siempre estará custodiado y que la falsificación de las copias de las declaraciones que se entregan a quien las necesita, es mucho más fácil de realizar con el formato escrito que con el digital, pero lo que verdaderamente llama la atención es que esa preocupación por la autenticidad e integridad del documento, no impida solicitar que éste se sustituya por una transcripción que, además, se solicita que se haga, al menos en el caso concreto de Almería, por instancias completamente ajenas a la Administración de Justicia y a la fe

pública judicial. Se plantean los siguientes problemas:

a) ¿Quién va a garantizar el derecho a la imagen y la protección de datos de las personas que intervienen en la grabación cuando, como solicita el Fiscal (el de Almería) y acuerda la Audiencia Provincial, la transcripción se efectúe a través de la Consejería de Justicia? Hay que tomar en consideración la especial gravedad que tiene el tema de protección de datos en el tratamiento de ficheros electrónicos, al que hace especial referencia el actual artículo 230 LOPJ, citando la Ley que regula la protección de los mismos como límite de su uso. Pero, además, el Proyecto de modificación de la LOPJ, introduce en el nuevo 230 de la misma, también como límite de ese uso de las nuevas tecnologías, un nuevo capítulo 1bis del mismo título, en el que incorpora a la propia LOPJ dicho tema de protección de datos de forma detallada y señala al ya llamado “Letrado de la Administración de Justicia” (hoy Secretario Judicial), como el responsable de garantizar dicha protección en relación con los documentos del proceso. Desde esta perspectiva, ¿hasta qué punto puede el auto de la Audiencia obligar al Secretario Judicial a que los CDs que contiene las grabaciones del Juzgado, sea visionados y manipulados por instancias externas al mismo? Y, de otra parte, ¿en qué responsabilidad desde el punto de vista de la protección de datos podrían incurrir los autores del auto de ejecutarse su acuerdo y dar acceso y visión de lo grabado, de lo dicho y de la imagen de los intervinientes en el proceso, a quienes son completamente ajenos al mismo?

b) Junto a eso, y precisamente en contra de lo que se dice buscar por el Consejo Fiscal, que no es sino el cumplimiento del artículo 714 LECrim ¿Qué valor puede tener esa transcripción en el juicio oral, cuando se trata de un documento no ya manipulable sino manipulado en ámbitos extrajudiciales y completamente ajeno a la fe pública judicial?

c) Por último, aunque se entendiera, ante los dos interrogantes anteriores, que debe ser el órgano judicial el que realice la transcripción, ¿quién la realizará? Deberán ser los funcionarios del Cuerpo de Tramitación, porque, evidentemente, los Secretarios Judiciales no tienen ninguna obligación de realizar dicha transcripción por sí mismos ni velar por ella, y es fácil intuir que la inmensa mayoría se negará a hacerlo. Su función en relación con la documentación ya terminó y el documento electrónico es un documento completo. Y es que se trata del mundo al revés, para el Consejo Fiscal parece que lo que sostiene las garantías del proceso es una actividad que justamente hace lo contrario de lo que es usual en el proceso, es decir y permítase la incorrecta expresión por su gráfica dicción, **“desdocumentar” lo ya documentado** y utilizar lo que no es sino un elemento auxiliar del verdadero documento procesal, considerándolo como la salvaguarda de las garantías del plenario.

Como último apunte, hay que señalar que los técnicos de la Comunidad Autónoma andaluza, han certificado que los medios de grabación instalados en las

salas de vistas de los Juzgados andaluces, garantizan desde un punto de vista técnico la autenticidad e integridad de lo grabado y eso es suficiente para que el secretario judicial que así lo estime, mientras llega la firma digital, documente por ese medio la declaración, cerciorándose y diligenciando a tal efecto, que tal CD contiene tal grabación. Por supuesto, es necesario que cada copia del original que se haga, vaya acompañada de la correspondiente diligencia que acredite que es copia del original.

### **B5.- Reflexión final de este análisis general del problema**

En definitiva, y como reflexión final en el análisis de carácter general del problema que nos ocupa, se ha de concluir que no hay razón alguna para entender que, bien por aplicación extensiva del artículo 743 de la LECrim, bien por supletoriedad de los artículos 145 a 147 y 187 de la LEC, o bien por aplicación directa de los artículos 230 y 453.1 de la LOPJ, el Secretario Judicial no pueda ejercer su facultad de documentación, optando entre las dos alternativas posibles de la redacción escrita de las declaraciones instructoras o su grabación en soporte electrónico, sin que tenga sentido alguno la transcripción de lo grabado, salvo supuestos excepcionales debidamente justificados. Todo ello, sin perjuicio de que sea imprescindible para que sea admisible la grabación que ésta se realice con la adopción de las medidas necesarias que permitan, al menos, la creación de un índice de los hitos importantes de las mismas y la consulta selectiva de su contenido, debiéndose ejercer tanto por los órganos de la instrucción la diligencia necesaria al efecto como por la Consejería de Justicia e Interior de esta Comunidad, facilitar los medios que lo permitan.

Esta solución es la única que se adapta al devenir de los tiempos y a los avances tecnológicos, como indican tantas normas y especialmente la ya citada Ley 8/2011, además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que apuntan de forma decidida al expediente digital. Sea cual sea la solución general que el problema que se estudia tenga a corto plazo en el ámbito del territorio nacional, la evolución hacia la desaparición del papel parece irreversible, ha sido lograda ya en alguna otra Administración y en la Administración de Justicia hemos de considerar que ya no es tan lejana, si tenemos en cuenta que, ya en diversas comunidades autónomas, las partes tienen impedida la presentación de documentos en los órganos jurisdiccionales que no estén incorporados en medios electrónicos. Se comprenden las reticencias a dicho cambio, en parte justificadas por las dificultades que todo proceso de transición conlleva, pero la dirección de progreso tiene un único sentido.

### **C) Estado actual de la situación creada como consecuencia del auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería.**

Terminado el análisis general del problema, es preciso ocuparse ahora de la respuesta que esta Sala de Gobierno ha de dar a la comunicación recibida del Juzgado

de Instrucción número 6 de Almería en relación con el caso “Facturas”, con 43 CDs que la Sala Segunda ha ordenado transcribir. De entenderse definitivo el acuerdo de transcripción, la solución parece situarse en un callejón sin salida: el Ministerio Fiscal pidió la transcripción, pero entendiendo que debería ser llevada a cabo por la Consejería de Justicia. Así lo acordó la Sala. Dicha Consejería se niega a hacerlo por razones presupuestarias y dice que se haga manualmente por el Juzgado, cuando el propio Juez que denegó la transcripción ya señaló que tal tarea era inasumible para el órgano (y se puede entender perfectamente). El Juzgado, por tal motivo, se dirigió a la UACC pidiendo ayuda al respecto, y ésta señala que los medios para hacer las transcripciones los ha de poner la Consejería o este Tribunal Superior de Justicia. Conociendo la respuesta de aquella, el Juzgado se dirige a esta Sala de Gobierno, que carece de cualquier otro recurso que no sea el de instar a la Consejería en el sentido acordado por la Audiencia o decirle al Juzgado que lo haga con sus propios medios.

Sin embargo, el tema tiene otros aspectos jurídicos que han de ser considerados antes de dar una respuesta definitiva.

### **C1.- Naturaleza jurídica de la resolución que acuerda realizar las transcripciones tras estimar el recurso de apelación**

La Sección segunda dictó un auto resolviendo el recurso de apelación. Sin embargo, al menos en cuanto al contenido del mismo que hace referencia a las transcripciones de las grabaciones, cabe cuestionarse su naturaleza jurisdiccional. Nos encontramos ante una transcripción de una naturaleza completamente diferente a aquellas que se ordenan por los tribunales, en resoluciones evidentemente jurisdiccionales, al acordar la incorporación a autos de material extraprocesal (vídeos, discos duros, cintas de audio, etc.) y que precisamente se documentan e incorporan mediante la transcripción que efectúa el Secretario Judicial. En esta ocasión nos encontramos ante un documento ya integrado en el proceso por efecto de la documentación del secretario judicial. Esto cuestiona radicalmente la naturaleza jurisdiccional de lo acordado y, a tal efecto, conviene señalar:

1. El propio Fiscal en el recurso, al llamar en su apoyo a diferentes resoluciones de algunas Audiencias Provinciales, señala en varias ocasiones que se trata de resoluciones no jurisdiccionales.
2. La propia Sala, en su auto, descarta que la petición que fundamenta el recurso de apelación se pueda encuadrar en una diligencia complementaria del artículo 780.2 LECrim, como, en un principio pretendió el Ministerio Fiscal. La verdadera razón que da el auto de la Audiencia Provincial hace referencia a la mayor comodidad en la utilización del medio escrito para el Tribunal y las partes. Se trata, por tanto, de razones que podríamos calificar de “intendencia” u organización, dicho de otra forma, de gestión documental.

3. Y es que, efectivamente, no hay precepto procesal en el que pueda apoyarse el acuerdo de transcripción. En el ámbito civil, se excluyó expresamente esa posibilidad del artículo 187 de la LEC.
4. Como último argumento, las decisiones jurisdiccionales de un tribunal, unipersonal o colegiado, tienen como destinatario a las partes, lo que no es el caso.

Ni que decir tiene la trascendencia que reviste el que la resolución tenga naturaleza jurisdiccional o gubernativa (administrativa). Dejando a un lado el tema de la impugnación de la misma, que aunque no sea necesario entrar en él en este informe, cambia radicalmente de ámbito de actuación, lo importante a los efectos que aquí interesa es que si se trata de una decisión jurisdiccional, nada tendría que decir esta Sala de Gobierno en relación con la misma, más allá de instar aquí o allá que se adoptaran las medidas necesarias para que se cumpliera.

Si como se entiende en esta propuesta, se trata de una resolución de carácter gubernativo, la posibilidad de interactuar con ella por parte de este órgano de gobierno es indudable.

## **C2.- Competencia para adoptarla**

Hay, además, otra consecuencia esencial que se deriva de la concepción de la resolución dictada por la Audiencia de Almería como gubernativa o administrativa. Es la que pone el punto de mira en la competencia para dictarla. Porque es legalmente indiscutible que la oficina judicial constituye el soporte instrumental de la actividad a desarrollar por Jueces y Magistrados (y Secretarios en el ámbito de decisión que se les ha reconocido). Ese auxilio, no cabe duda, se extiende tanto a las decisiones jurisdiccionales como a las decisiones gubernativas que adopten los titulares de la jurisdicción y los secretarios judiciales han de organizar la actividad de dicha oficina judicial a fin de que se cumpla lo acordado en dichas resoluciones, sean o no sean éstas adecuadas y en tanto no sean revisadas en la vía que sea procedente (y salvo evidente ilegalidad). Ahora bien, ese soporte instrumental de actividad queda focalizado para cada oficina judicial en las decisiones que adoptan los titulares de la jurisdicción del órgano al que están adscritas **y no a otro**.

Desde esta perspectiva, si el titular del Juzgado de Instrucción número 6 de Almería, hubiera acordado la transcripción de los CDs, se podría recurrir su decisión o no, pero el Juzgado debería organizar su actividad en orden al cumplimiento de la misma. Sin embargo, la decisión de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, se dirige, para un tema gubernativo, a una oficina judicial que no es la propia.



Distinto sería que la grabación estuviera deteriorada (equivalente a la devolución del acta escrita para su transcripción, cuando era ilegible) o no se ajustara a la legalidad (equivalente, por ejemplo, a la devolución para el foliado del sumario). Sin embargo, los CDs que obran aún en el Juzgado de Instrucción de Almería no parece (al menos, no se ha dado razón de ello al pedir la transcripción) que presenten problema alguno de reproducción y sí parece que han sido realizados y mantienen un índice de las declaraciones que contienen.

Ha de estimarse, por tanto, que si lo que la Audiencia Provincial ha resuelto es que la transcripción se realice por el órgano instructor, carece de competencia para adoptar un acuerdo como ese, pues, en todo caso, debería ir dirigido a su propia oficina judicial, que es la que, como soporte y auxilio de su actividad, puede ser destinataria de sus decisiones de carácter gubernativo.

Ahora bien, es lo cierto que la petición del Ministerio Fiscal y los propios razonamientos del auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, lo que solicitan y acuerdan, respectivamente, es que dichas transcripciones se realicen mediante la aportación de los recursos necesarios por la Consejería de Justicia, como respuesta a la afirmación del Juez de Instrucción de que dicha tarea es inasumible por el órgano judicial. Dado que la Consejería se ha negado a hacerlo, habrá que entender, con independencia de las iniciativas que se puedan realizar en relación a dicha Consejería, que, o bien las transcripciones habrá de obtenerlas la parte solicitante por sus propios medios, es decir, la oficina fiscal; o bien, cuando el procedimiento se remita a la Audiencia Provincial, una vez finalizada la intervención del Juzgado de Instrucción, deberán ser realizadas por la oficina judicial del órgano colegiado.

#### **D) Conclusión y propuestas**

A la vista de las reflexiones anteriores, se proponen por este Secretario de Gobierno las siguientes conclusiones:

1. Los Secretarios Judiciales ostentan en exclusividad el poder de documentación de los actos procesales para su incorporación al proceso (artículo 453.1 LOPJ), con respeto a la legalidad vigente y, muy especialmente, a las normas procesales que han de aplicar (artículo 230 LOPJ), debiendo atender con especial atención a las limitaciones que al uso de documentos, archivos y ficheros electrónicos, establece la Ley de Protección de Datos.
2. La LECrim, en la redacción actual de los artículos 385 y siguientes, reguladores de las declaraciones de los procesados, testigos y peritos en el proceso penal, no impone obligatoriamente la forma escrita en la

documentación de dichas declaraciones aún no habiendo sido modificados dichos preceptos, por lo que ha de entenderse, bien por vía de aplicación supletoria de la LEC, de la directa de la LOPJ o 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*, que los secretarios judiciales podrán optar por una u otra en uso de sus atribuciones como fedatarios públicos, sin que tenga sentido el despilfarro de recursos que supone utilizar ambas vías de documentación. Verificada, por tanto, la documentación digital, no es procedente la transcripción escrita de la misma, sin perjuicio, en todo caso, de supuestos excepcionales que así lo aconsejen.

3. Instar del Secretario de la Sala de Gobierno y de las Secretarías de Gobierno de las ciudades de Ceuta y Melilla, que, en sus funciones de Secretarios de Gobierno y superiores jerárquicos de los secretarios judiciales de su territorio, adopten las medidas oportunas a fin de garantizar que la grabación digital de los actos procesales se realice con la máxima diligencia y aplicación en orden a obtener documentos de utilización ágil y fluida, lo que deberá permitir a los destinatarios de los mismos, es decir, los titulares de la jurisdicción y las partes del proceso, navegar con facilidad dentro de su contenido. Esto implica la necesidad de la señalización manual o informática de los hitos importantes del acto procesal objeto de la grabación, que harán de índice de la misma.
4. Igualmente, instar de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía para que, tomando conciencia de la problemática expuesta, aborde de forma inmediata la solución a la necesidad de reproducir las grabaciones realizadas en la fase de instrucción cuando esto sea necesario, dotando a las salas de vistas de esta Comunidad Autónoma de una equipación adecuada que habilite la reproducción de lo grabado con rapidez y precisión, allí donde esto sea necesario y mientras el juicio o vista oral se está celebrando.
5. Entender que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial de Almería, no obstante su forma, 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.”

**Participar el presente acuerdo a la Secretaría General de la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, al Juzgado de Instrucción 6 de Almería, a las Secretarías de Gobierno de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.**