Patricio Arribas y Atienza

Letrado de la Administración de Justicia. Socio de la FICP.

~La grabación como garantía de la instrucción penal~

Resumen.- En el presente artículo estudiaremos uno de los modos de documentación usados actualmente, la grabación, tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista práctico, su oportunidad como elemento coadyuvante a una mayor garantía en las declaraciones penales durante la instrucción y haciendo referencia a la situación actual de la cuestión que nos ocupa

Palabras clave.- Documentación; declaración; judicial; grabación; regulación; federatario; letrado; instrucción

I. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN

La grabación de las declaraciones de investigados, perjudicados y testigos en fase instructora, no es más que el modo de documentarse por el Letrado de la Administración de Justicia las mismas, por lo que nos encontramos en el marco de las funciones de fe pública judicial y documentación de actuaciones, no vamos a entrar ahora en la trascendencia de dichas funciones y en su configuración como elemento de un modo u otro integrante del ejercicio de la jurisdicción, pues se mantenga la postura doctrinal que se mantenga sobre el concepto de jurisdicción, resulta indiscutible que en caso que una actuación instructora llevada a cabo por el juez, careciese de dicha asistencia devendría nula de pleno derecho. Lo que vamos a resaltar es la conveniencia de la grabación de las declaraciones penales en la instrucción y contradiciendo el título de este artículo, evidentemente no es la propia grabación lo que garantiza nada, pues la garantía viene por la actuación del federatario del tribunal, pero sí que es un plus añadido a la calidad en la documentación del acto, si bien me he permitido la ambigüedad en el título con la finalidad de llamar la atención del lector, vayan pues por delante mis disculpas por este pequeño truco.

II. LA REGULACIÓN LEGAL

Tenemos en primer lugar el artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en que su punto 1 dice; “Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación, estableciendo con carácter general el principio de oralidad especialmente en materia penal, la referencia a la documentación de este apartado que no ha sido reformado desde la entrada en vigor de la Ley, lógicamente habrá que entenderla conforme a la actual regulación en lo referente a la documentación de actuaciones.

El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del cual resaltamos su apartado 1; “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.” del que destacamos dos cosas, la obligatoriedad del su uso de dichos medios y la posibilidad del Consejo General del Poder Judicial de dar Instrucciones en dicho ámbito, y en ejercicio de esa capacidad recientemente en fecha 20 de abril del 2,017 su Comisión Permanente se ha pronunciado sobre la cuestión de las transcripciones de las grabaciones.

Por su parte el apartado 3 del mencionado precepto de forma tajante afirma; “Las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse”, cuando la literalidad de ley se pronuncia con tal contundencia, huelga cualquier otra interpretación y por ello el acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial nos dice que transcribir a papel esas declaraciones no se ajustan al ordenamiento jurídico.

Sin embargo en la regulación de la ley de Enjuiciamiento Criminal, son varios los artículos que haciendo referencias al carácter escrito de la declaración parecen ignorar la moderna regulación en la materia que acabamos de exponer, no obstante como expuso en su día la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹, “ 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

¹ Acuerdo 248/15 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con comunicación el Juzgado de Instrucción 6 de Almería por petición de la fiscalía de transcripción de 43 CD's de declaraciones de imputados y testigos, llegando a 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.”

directa de los artículo 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”.

Además como acabamos de ver será de aplicación supletoria el artículo 147 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que reitera la prohibición e transcripción prevista en la Ley orgánica del Poder Judicial

Importantísimo 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 que impone la obligatoriedad por todos los operadores jurídicos internos del uso de los sistemas informáticos².

Y por último no olvidemos que conforme al artículo 453,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ es competente en exclusividad sobre esta materia el Letrado de la Administración de Justicia, por lo que este será en última instancia quien tenga que resolver en caso que se suscite controversia sobre la documentación.

Además de la claridad legislativa expuesta en la moderna legislación resulta también de interés la opinión doctrinal del propio Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia que como hemos adelantado son los competentes en exclusiva en esta materia y que han reiterado en diversas ocasiones la conveniencia de la grabación de las actuaciones penales instructoras⁴ (4)

III. VENTAJAS DE LA GRABACIÓN

Como hemos visto la regulación legal en la materia es clara y diáfana y las dudas que puedan surgir, por la falta de adaptación suficiente de la decimonónica ley de Enjuiciamiento Criminal queda suficientemente salvadas mediante la interpretación efectuada por los propios responsables de la documentación judicial y hasta por Consejo General del Poder Judicial, pero lo que pretendemos en este artículo es aportar argumentos en favor de la grabación de las declaraciones en

² Artículo 8. Uso obligatorio de medios e instrumentos electrónicos.

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.

³ El artículo 453,1 dispone; “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.”

⁴ Véase el informe “Documentación de las Actuaciones” elaborado por la Comisión de estudios e informes del Ilustre Colegio Nacional de Letrados de la administración de Justicia al que se puede acceder en su propia web <http://www.letradosdejusticia.es/item/2140-transcripcion-de-las-actas-por-el-secretario-judicial>

el marco de la instrucción y su contribución como garantía penal.

Se trata en definitiva de dilucidar con qué medios, y en qué condiciones mediante la fe pública judicial y la documentación, que en este caso resultan los elemento garantista, pueden quedar mejor protegidos los derechos que reconocen las leyes a los sujetos participantes en el proceso penal y especialmente en el caso de los investigados.

Entre los derechos reconocidos en nuestra legislación, como no podía ser de otro modo en un Estado de Derecho, está el de ser oído antes de dictarse cualquier tipo de medida limitadora de las libertades y derechos y lógicamente antes de ser condenado. Pues bien la documentación de esa audiencia debe tener lugar con aquellos medios disponibles que mejor garantice la fidelidad de la realidad acontecida, mucho más si puede resultar necesario comparar o analizar esa declaración en un momento posterior al momento en que se practicó, como podría ser en el plenario la necesidad de contrastar lo dicho en la instrucción con lo declarado en este otro momento o asimismo cuando el instructor o juzgador necesita en la soledad de su examen de las actuaciones, repasar o recordar lo que en su momento se había declarado.

Siempre una grabación de la declaración resultará en aras del objetivo señalado anteriormente muy superior su eficacia al de una transcripción, creo que no sería necesario explicar esto por lo evidente de la cuestión, pero por si alguien pudiera tener dudas referiremos un par de apuntes

En primer lugar la literalidad siempre se recogerá mejor en la grabación que en la transcripción y precisamente el hecho que el artículo 397 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevea la posibilidad de que el procesado pueda dictar por sí mismo la declaración (derecho que por cierto conviene recordar independientemente del soporte que utilicemos) y que además prevé que en caso de no hacerlo él, lo hará el Letrado de la Administración de Justicia procurando, en cuanto fuere posible, consignar las mismas palabras de que aquél se hubiese valido, al contrario de cómo han opinado algunos, no es un argumento en favor de la transcripción sino un elemento más en apoyo de la necesidad de grabación que hemos visto en el apartado anterior exige la Ley, ya que resulta el modo material más adecuado para conseguir el objetivo de la literalidad.

En segundo lugar si bien el lenguaje oral podemos entender sea el que más información nos ofrece, lo cierto es que dicho lenguaje viene acompañado de otros que no pueden ser reflejados en un soporte documental exclusivamente escrito. Además del silencio que no solo podemos valorar en la comunicación su hecho sino como se produce.

Pero además la diferente entonación del declarante tal y como nos expone la SOTO SANFIEL.MARÍA, tienen una influencia imposible de detectar en la escritura; “el tono influye en las impresiones, que la percepción del rostro evidencia las diferencias en el enjuiciamiento de las voces

agudas, medias o graves, y que la credibilidad dirige las evaluaciones”⁵ en definitiva el modo en que decimos las cosas la entonación al hablar es significativo y nada de esto puede recogerse en una transcripción por escrito.

Añadimos además lo que también se conoce como lenguaje fonético, esto es sonidos sin configurar palabras que no por poco habitual en el transcurso de una declaración, puede en ocasiones producirse

No se pueden transcribir las emociones que percibimos en el interlocutor, como mucho se podría en una declaración, lo que por otro lado no está previsto legalmente, hacer referencia a las impresiones subjetivas del federatario o de quien está tomando la declaración, pero esta parte de la extrema dificultad práctica iría también en determinados supuestos contra el propio principio de inmediación

Y como concluye la experta más arriba mencionada, “la credibilidad es el factor que guía, esencialmente, la formación de impresiones sobre los actores de la representación mediática y es el elemento que ayuda a organizar el resto de las evaluaciones de las audiencias”

Asimismo los expertos en materia de lenguaje kinésico y proxémico, el primero en referencia al lenguaje corporal y gestual y el segundo la utilización del espacio entre interlocutores como elemento de la comunicación⁶ nos hace ver la importancia de una documentación que haga posible recoger lo actuado en toda su integridad.

Con todo lo que resulta que el mejor modo de documentar las actuaciones orales no es otro que la grabación, que por supuesto deberá estar garantizada bajo la fe pública judicial, pero sin duda este es el soporte más adecuado para reflejar la actuación practicada.

IV. CUESTIONES PRÁCTICAS

Como hemos concluido en los dos anteriores apartados respecto a la grabación de las declaraciones penales en la fase de instrucción (también en el juicio oral) resulta que la grabación es el modo técnico exigido por la Ley, pero además este se demuestra como el más adecuado para garantizar la autenticidad de lo actuado y con ello garantizar los derechos del ciudadano ante el proceso.

Sentado lo anterior no podemos obviar que en la práctica el uso de la grabación puede resultar incómodo o poco operativo en su uso en determinadas situaciones, como puede ser a la hora de exponer en el plenario un determinado momento de la declaración instructora, pero ante esto la

⁵ SOTO SANFIEL, María, Efecto del tono de voz y de la percepción del rostro en la formación de impresiones sobre los hablantes mediáticos, Publicación Comunicación y sociedad no, 10, 2008, p. 129.

⁶ Fuente del vocabulario técnico lingüístico : <https://sites.google.com/site/tiposdelenguajelacomunicacion>

solución no puede venir por imponer una transcripción por mandato procesal, que como hemos visto anteriormente no solo no está prevista por la Ley, sino que se prohíbe expresamente por esta. La solución nos la acaba de dar como ya habían hecho anteriormente Salas de Gobierno de diferentes Tribunales Superiores, el Consejo General del Poder Judicial en la Comisión Permanente de este reciente 20/04/2017 y que esta debe ser de carácter técnico y como nos dice se debe 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”, así rezaba la nota emitida por dicho Consejo.

Pero además de la legalidad expresada, la transcripción o es completa y entonces requeriría de unos medios que hoy por hoy no se disponen o se hace de modo incompleto con lo cual se estaría dando una visión parcial de un acta completa, lo que en ningún caso es de recibo

Como indicaba en sus conclusiones CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, en un atinado artículo, “La transcripción de actuaciones procesales contenidas en soporte audiovisual no tiene amparo, cobertura ni exigencia legal, siendo un residuo de la costumbre ajeno completamente a las necesidades de control judicial y encontrando única justificación en la comodidad. Lo esencial es el contenido de la grabación y no el soporte físico de la misma”⁷.

Lo que ha señalado nuestro propio Tribunal Supremo indicando que “las transcripciones de actuaciones sólo son un medio contingente –y, por tanto, prescindible que facilita su consulta”, obedeciendo, en la mayoría de los casos, a razones de costumbre o comodidad”⁸.

Y efectivamente cosa diferente es que cualquier parte o autoridad por su comodidad tenga a bien transcribir la declaración pero esto lo hará a su costa o con los elementos de que esa parte o autoridad interesada disponga o tenga asignados.

Recientemente se publica la noticia de que un afamado despacho de Abogados había

⁷ CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, “Cuando la transcripción es invasión: caso palma Mallorca”, La Ley 5316/2012, Doctrina, pg 4.

⁸ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2009

incorporado entre sus herramientas una aplicación que transcribe literalmente al papel toda la grabación del sistema Arconte (utilizado en las salas de vista de los tribunales) pues bien si las posibilidades técnicas existen es cuestión de voluntad política y claro sobre todo de presupuesto, que la Administración de Justicia pueda disponer de herramientas de las que ya dispone la empresa privada, pero en cualquier caso el mejor remedio técnico por todo lo que se ha expuesto es el uso del que ya se dispone, de acotaciones que hagan ágil el visualizado de la grabación.

No podemos pasar por alto referirnos a la reciente Instrucción 3/2017, sobre documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal y que de modo sorprendente en contra de lo resuelto por el Tribunal Supremo y los recientes criterios del Consejo General del Poder Judicial, utilizando argumentos contrarios a los por estos acogidos, en sus conclusiones dispone entre otras que “ los señores fiscales, cuando lo estimen necesario para preparar adecuadamente la prueba, interesarán de forma razonada al Juzgado la documentación escrita de las diligencias sumariales”, por todo lo dicho anteriormente no vemos amparo legal suficiente para solicitar del Juzgado transcripción de actas, pero en el caso concreto será el Letrado de la Administración de Justicia quien decida lo correspondiente.

Lo que resulta evidente es, que con dicha petición, no se está reclamando la actuación federataria, que por otro lado habrá sido ya debidamente ejercida si no una mera actuación material que debiera ser efectuada en dicho caso por la propia Fiscalía mediante sus propios medios funcionariales y materiales, veremos cómo se desarrolla esta cuestión en el futuro.

V. PERSPECTIVA DE FUTURO

Por último haremos una breve referencia a la posibilidad que un futuro, se ignora si medio o lejano, pues resulta evidente por una cuestión de meros plazos la imposibilidad que sea cercano, que pase la instrucción penal a ser competencia del Ministerio Fiscal.

En este caso todo lo señalado sobre las ventajas de la grabación como un plus en la garantías procesales en el orden penal sería igualmente aplicable, si bien habría un cambio sustancial en cuanto a su sustento legal, pues dicha grabación como cualquier otra actuación ya no estaría bajo la fe pública judicial que concurre exclusivamente en el ámbito del tribunal. Ningún problema hay en ello, pues el Misterio Fiscal como otros funcionario tiene capacidad de certificación y presunción de veracidad en sus actos, encuadrándose la fe pública judicial en el ámbito del tribunal de garantías que se prevé en paralelo a la instrucción fiscal como control jurisdiccional de su actuación cuando estén en juego derechos fundamentales o en el propio ámbito del tribunal sentenciador cuando así sea necesario.

* * * * *