



Instrucción 3/2017, sobre documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal

1. Planteamiento de la cuestión 2. La documentación de los actos procesales en la reforma orgánica operada por la LO 7/2015 3. Impacto de la reforma orgánica 7/2015 en el régimen específico de documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal 4. Sobre la supuesta eficacia derogatoria de la reforma orgánica 5. La cuestión de la documentación de las diligencias sumariales desde la perspectiva de los derechos fundamentales 6. Garantías adicionales que proporciona la grabación videográfica 7. Cláusula de vigencia 8. Conclusiones.

1. Planteamiento de la cuestión

La LO 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* proclama, mediante la reforma del apartado primero del art. 230 LOPJ, la obligación de Juzgados, Tribunales y Fiscalías de utilizar “cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones” con las limitaciones inherentes a la protección de los datos personales en el marco jurídico de la LO 15/1999, de 13 de diciembre.

Se proporciona de este modo rango orgánico a elementos esenciales del marco normativo prefigurado en 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 lo que concierne a la obligatoriedad de uso de los medios tecnológicos (art. 8), eficacia transversal complementadora de las leyes procesales (Disposición adicional séptima) y aplicabilidad al Ministerio Fiscal (Disposición adicional novena).



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

Conforme al reseñado art. 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 los protocolos de actuación aprobados por los Secretarios de Gobierno”.

La citada Disposición adicional séptima establece que “la presente Ley tiene carácter transversal para todos los órdenes jurisdiccionales y complementará la legislación vigente en lo concerniente al uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia”.

Por su parte, la disposición adicional novena dispone que “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”.

Conforme al Preámbulo de la Ley 18/2011 sus principales objetivos son “primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por



los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales”.

La reforma orgánica 7/2015 constituye, por lo tanto, un hito en el camino de modernización de la Justicia española iniciado en la reforma de la LOPJ operada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, y en el proceso histórico de transición del auto escrito al expediente judicial electrónico auspiciado precisamente por la Ley 18/2011.

No obstante, la obligación de utilizar los medios tecnológicos ya había tenido plasmación procesal en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). En efecto, el deber de documentar por medio de sistemas de grabación de imagen y sonido las actuaciones orales desarrolladas en el proceso civil rige desde el día 1 de octubre de 2010, fecha en la que entró en vigor la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*.

Dentro del Título V, *De las actuaciones judiciales*, en los capítulos III, *De la inmediación, la publicidad y la lengua oficial*, y VII, *De la sustanciación, vista y decisión de los asuntos*, la Ley 13/2009 introduce trascendentales variaciones en los preceptos que regulan el uso de medios técnicos (art. 147) y la documentación de las vistas (art. 187).

En el primero de los preceptos la grabación de las actuaciones orales pasa de ser potestativa a imperativa: *las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen*.

En el segundo de los preceptos desaparece el inciso que reconocía al tribunal la facultad de acordar, cuando lo estimase oportuno y para su unión a los autos, la



transcripción escrita de lo que hubiera quedado registrado en los soportes videográficos o sonoros durante el desarrollo de las vistas.

Conviene remarcar, asimismo, que el deber de documentación por medios técnicos videográficos se ha ampliado a las actuaciones orales celebradas ante los Letrados de la Administración de Justicia conforme al art. Único 15 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

En el contexto de estas reformas legislativas, determinados Juzgados de Instrucción asumieron que el mandato del renovado art. 147 LEC era de aplicación supletoria al proceso penal, con expresa invocación del art. 4 LEC, y pasaron a documentar de manera ordinaria las diligencias sumariales de naturaleza personal (testificales, periciales, así como declaraciones de procesados e investigados) mediante los sistemas electrónicos de videograbación instalados en sus salas de vista.

La documentación audiovisual de los actos de instrucción era sin duda legítima y quedaba amparada en el uso potestativo de los medios técnicos reconocido en el art. 230.1 LOPJ, que antes de su reforma establecía que los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación.

Lo que resultaba difícilmente cohonestable con la normativa procesal penal era la pretensión de que la grabación audiovisual dejara de ser un complemento eficaz del acta escrita, para convertirse en su sustitutivo a todos los efectos. Los Juzgados de Instrucción que denegaron la transcripción en soporte escrito de las grabaciones se acogieron a una interpretación irrestricta y maximalista de la función supletoria de la LEC que implicaba su desnaturalización, pues la función



de una norma supletoria es integrar las lagunas de la ley, no alterar sus contenidos. Por esta interpretación, la LEC pasaba de ser norma supletoria a principal, derogando el régimen singular de documentación establecido en la LECrim.

La omisión del acta, cuando se ha producido, ha generado problemas en la preparación de la prueba de los que se hizo eco el Consejo Fiscal en su informe de 23 de enero de 2015 *al 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 tecnológica* (vid. apartado 9.1):

“Se pone en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva tanto del Ministerio Fiscal como de las partes, al dificultar sobremanera, casi impedir hacer uso en el juicio oral del expediente previsto en el art. 714 de la LECrim, que dispone que cuando las declaraciones prestadas en el juicio oral no sean conformes, en lo sustancial, con la prestada en el sumario, podrá *pedirse la lectura* de ésta por cualquiera de las partes. Y después de *leída*, el presidente invitará al declarante a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Nótese, que el problema no es baladí, sino de importancia enorme, pues conforme a pacífica doctrina jurisprudencial (...), se permite enervar la presunción de inocencia y dictar sentencia condenatoria en base a las declaraciones de instrucción contradictorias con las del juicio oral, pero siempre que se evidencie en juicio la discrepancia o contradicción entre ambas mediante la realización de lo preceptuado en el citado art 714 LECrim.

Pues bien, la constancia en la causa tan solo de las copias en DVDs de las grabaciones audiovisuales de las declaraciones de imputados y testigos, sin las correlativas transcripciones escritas de las mismas, supone a los efectos del art 714 LECrim:



- Que el día del juicio oral, las partes acusadoras, MF, defensas y el propio tribunal no van a poder detectar y apreciar las contradicciones entre lo que están declarando testigos e imputados en ese momento y lo que declararon en fase de instrucción, salvo que hayan extractado con anterioridad la totalidad de lo declarado (pues la contradicción puede producirse en cualquier parte de lo declarado) o recuerden memorística y específicamente lo declarado por haber estado presentes en la declaración de instrucción (lo que no siempre sucede).
- Que aun advertida la contradicción, para posibilitar la aplicación del Art. 714 LECrim mediante la lectura de lo declarado (...) y posterior invitación a explicar la contradicción conforme exige el art 714 párrafo 2º LECrim, sería necesario la reproducción audiovisual de lo declarado en instrucción para cada contradicción (no se podrían utilizar a estos efectos, las notas o transcripciones que realicen las partes por su cuenta, no solo por no estar adveradas por el fedatario judicial, sino porque incluso podrían no llegar a ser coincidentes); reproducción que además de poder resultar en ocasiones técnicamente inviable, (pues no es infrecuente que el CD no se pueda reproducir por problemas técnicos, o que la calidad de su audio sea ínfima), dada su duración (la reproducción es a tiempo real) y dado el número de partes intervinientes, haría prácticamente inviable la vista del juicio oral”.

Ante este panorama el Consejo Fiscal sugirió la conveniencia de que se aprovechara la iniciativa prelegislativa en curso para incorporar a la legislación procesal penal la obligatoriedad de la transcripción escrita de las grabaciones videográficas de las actuaciones sumariales.

La LO 7/2015 ha seguido, al menos aparentemente, el camino inverso, pues, junto con la obligatoriedad de utilizar los medios técnicos disponibles, ha



incorporado al art. 230 LOPJ un apartado nuevo, el tercero, que impone una prohibición que no existía en su redacción anterior, al establecer que “las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse”.

Este enunciado, linealmente aplicado al ámbito de la instrucción penal, equivaldría a una prohibición terminante de dar forma escrita a las actas electrónicas obtenidas de los sistemas técnicos de grabación habilitados en los Juzgados de Instrucción.

Hay poderosas razones, sin embargo, que permiten rechazar la validez de tal conclusión, sobre las que se asentarán las soluciones del presente documento.

En primer lugar, las diligencias sumariales sólo pueden considerarse actuaciones orales en un sentido lato, no técnico: las deposiciones de procesados, investigados, testigos y peritos ante el Juez que instruye una causa se producen, ciertamente, de forma oral -salvo contadas excepciones previstas en la Ley- pero son actos materiales, preparatorios del juicio oral o de la acusación, dirigidos de oficio por un Juez distinto del que enjuiciará el asunto, y carentes de fuerza probatoria intrínseca, por lo que poco tienen que ver, en su sentido y finalidad, con las vistas reguladas en la Sección 7ª del Título V del Libro II LEC (arts. 182 a 193 LEC) y con cualesquiera otras comparecencias procesales que tengan por misión realizar el principio de inmediación judicial antes de dirimirse las pretensiones, principales o incidentales, de un pleito.

En segundo lugar, ni la LO 7/2015, ni ninguna otra norma con rango de ley, ha reformado las múltiples disposiciones de la LECrim que aluden a la documentación de los actos de instrucción mediante acta escrita. Su vigencia sólo puede negarse si se acredita una evidente incompatibilidad de contenidos entre la norma advenida y las disposiciones de la LECrim, incompatibilidad que en este caso no se produce.



Por último, pero no menos importante, se ha de advertir del peligro de entorpecimiento o restricción del desenvolvimiento de los medios de prueba en el acto de juicio oral que una interpretación rigorista de las nuevas normas que regulan el uso de tecnologías de la información en la Administración de Justicia puede crear, y al que ya se ha aludido en la extensa cita del informe del Consejo Fiscal.

El éxito del interrogatorio cruzado, fundamento de la efectiva contradicción entre partes y de la válida constitución de la prueba conforme a parámetros constitucionales, exige, en algunas ocasiones, brindar a las partes la oportunidad de contrarrestar las contradicciones, revelaciones o retractaciones inesperadas en que pueda incurrir el sujeto al interrogatorio mediante la cita y exposición inmediata y en tiempo real de sus anteriores declaraciones. A esta necesidad probatoria atienden las previsiones del art. 714 LECrim y del art. 46.5 LO 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado* (LOTJ) en cuanto habilitan cauces legítimos de incorporación del material sumarial al debate del juicio oral.

La experiencia enseña que el acta escrita es el medio más eficaz para concretar las citas en asuntos de cierta complejidad y que una prohibición absoluta de documentación escrita de los actos sumariales redundaría en perjuicio de las posibilidades de defensa de las partes.

2. La documentación de los actos procesales en la reforma orgánica operada por la LO 7/2015

La reforma operada en el art. 230 LOPJ por la LO 7/2015 afecta a las modalidades de documentación procesal desde dos ángulos diferentes: por un lado generaliza la obligación de utilizar los medios tecnológicos disponibles para ello (apartado primero); de otro lado, prohíbe la transcripción del contenido de los



soportes digitales que reúnan los requisitos necesarios de integridad y autenticidad (apartado tercero).

Ambas normas disciplinan el uso de los recursos tecnológicos en el seno de la Oficina Judicial y Fiscal y aunque tienen indudables implicaciones procedimentales al establecer los requisitos de autenticidad de los documentos digitales generados por estos medios, no regulan -ni pretenden regular- los requisitos y efectos del acto documentado ni las condiciones del ejercicio de los derechos de alegación y prueba de las partes personadas.

Consecuentemente con ello, la Disposición final séptima de la LO 7/2015, bajo la rúbrica *Normativa procesal*, remite la adaptación procesal de la nueva normativa orgánica a futuras leyes, al disponer que *en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley de modificación de las leyes procesales que resulten necesarios para la adaptación a lo dispuesto en ella y aprobará las normas reglamentarias precisas para su desarrollo.*

La propia LO 7/2015, fuera de su texto articulado, modifica contenidos de varias normas procesales: de la LO 2/1989, de 13 de abril, *Procesal Militar*, (Disposición final segunda), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, (Disposición final tercera), y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, (Disposición final cuarta).

Interesa destacar, por su directa conexión con el problema analizado en el presente documento, el apartado 8 de la Disposición final cuarta, en la medida en que, en concordancia con el nuevo tenor del art. 230.3 LOPJ, incorpora al art. 147 LEC relativo a la *documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido*, un párrafo nuevo (actual tercero) que establece que *las actuaciones orales y vistas grabadas y*



documentadas en soporte digital no podrán transcribirse, salvo en aquellos casos en que una ley así lo determine.

Se modula de este modo, en su trasposición al proceso, el mandato imperativo del art. 230.3 LOPJ, pues quedan autorizadas las transcripciones que tengan amparo en una norma legal. Esta salvedad es esencial para aprehender la *ratio* de la reforma 7/2015, que no es otra que implementar el uso de los recursos tecnológicos al alcance de los operadores procesales, sin alterar *ipso iure* las reglas del proceso y sus garantías.

Es legítimo, por lo tanto, efectuar una reducción teleológica de la prohibición de transcripción establecida en la legislación orgánica en virtud de la cual estaría permitido trasponer a soporte escrito el contenido del acta digital en los casos en que fuera necesario para realizar otros fines amparados por la Ley.

En una sana ponderación de los valores en juego, y teniendo en cuenta que el proceso se preordena esencialmente a proteger el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la norma que regula la forma del acto no puede convertirse en un corsé que sofoque su capacidad de acción y merme sus garantías.

Desde esta perspectiva axiológica, nada tiene de extraño que la LO 7/2015 se haya abstenido de modificar la LECrim, que como es sabido contiene numerosos preceptos que exigen o presuponen la forma escrita del acta que documenta los actos de instrucción y su introducción en el acto de juicio oral mediante lectura.

Por lo demás, los arts. 588 ter f y 588 quater d LECrim introducidos por la reforma operada por LO 13/2015 expresamente prevén la transcripción de los pasajes o de las conversaciones de interés, lo que casa mal con esa pretendida prohibición general.



3. Impacto de la reforma orgánica 7/2015 en el régimen específico de documentación de las diligencias sumariales de naturaleza personal

Para valorar de forma más precisa el impacto que el nuevo régimen de documentación establecido en el art. 230 LOPJ tiene en el orden penal, hemos de constatar previamente el estado actual de su regulación.

En el proceso penal es preceptiva la grabación videográfica de los juicios orales (arts. 743.1 y 788.6 LECrim) y de determinadas actuaciones orales como la vista en fase de instrucción del procedimiento especial para injurias y calumnias inferidas verbalmente (art. 815 LECrim), y la vista del recurso de apelación de la sentencia recaída en procedimiento abreviado (art. 791.3 LECrim), en virtud precisamente de la reforma efectuada en dichos preceptos por la Ley 13/2009.

Con anterioridad se introdujo la grabación audiovisual potestativa de los actos de preconstitución o anticipación de la prueba.

En efecto, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*, autoriza la grabación videográfica de las declaraciones sumariales con el fin de facilitar su reproducción como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim.

En virtud de dicha reforma el art. 777.2 LECrim, en sede de Diligencias Previas, dice:

“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 Instrucción



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 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 artículo 730”.

El art. 797.2 LECrim, en sede de Diligencias Urgentes, establece:

“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 y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes.

A los 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”.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, por su parte, introdujo en el art. 433 LECrim, en su párrafo último, la facultad de grabar por medios audiovisuales la declaración de los testigos menores de edad (Disposición final 1.1); posteriormente la Ley 4/2015, de 27 de abril, ha convertido



la facultad en obligación, y la ha hecho extensiva a los testigos con la capacidad judicialmente modificada con una finalidad obviamente tuitiva o protectora (Disposición final 1.11).

Para el resto de los actos sumariales de naturaleza personal rige un régimen específico de documentación del que son exponente, sin ánimo de exhaustividad, los arts. 397, 402, 416, 437 párrafo 3º, 443 párrafo 2º, 444, 445, 448, 478 y 714 LECrim. Todos estos preceptos aluden de manera explícita o implícita a la consignación por escrito de las declaraciones mediante acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Instrucción.

Ninguno de ellos ha sido derogado por la Ley 13/2009, ni por otra ley procesal posterior. Tampoco lo ha hecho la reforma orgánica 7/2015 por medio de disposición final.

En definitiva, la legislación procesal penal diferencia netamente los actos de investigación que verifica el Juez de Instrucción, que se documentan por escrito y que por sí mismos carecen de valor probatorio por ser meros actos preparatorios del juicio oral o de la acusación, del acto de juicio oral en el que se practican las pruebas, que se documenta mediante soportes aptos para la grabación de la imagen y del sonido. En situación intermedia se hallan las pruebas preconstituidas, que pueden documentarse por medios audiovisuales para facilitar su reproducción conforme a lo previsto en el art. 730 LECrim.

En el proceso penal existe por lo tanto un régimen diferente de documentación según los actos pertenezcan a la fase de instrucción o la de juicio oral, en atención a la distinta naturaleza y finalidad de los mismos.

En este sentido se pronuncia el AAP Baleares, secc. 2ª, nº 22/2012, de 23 de enero, que añade que “mientras la instrucción de los procedimientos penales por delito la encomiende la Ley a los Juzgados de Instrucción, las diligencias que se



practican en esa fase lo son con vocación de articular la prueba de cara a un posible juicio oral; quienes tienen que administrar la prueba son las partes y a ellas corresponde señalar, con respeto eso sí de las prescripciones legales, cómo practicar las diligencias; y todo ello sin contar que, por la experiencia de este Tribunal, no sólo son frecuentes las deficiencias en la grabación audiovisual de actos y diligencias, sino, sobre todo, que los juicios son más ágiles cuando en vez de la reproducción de la grabación, se leen los pasajes que interesan cuando se interroga a acusados, testigos y peritos”.

Ya se ha indicado que el art. 230.1 LOPJ, generaliza, a partir de la reforma 7/2015, el deber de utilizar de los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos puestos a disposición de Juzgados, Tribunales y Fiscalías. Este mandato es, por lo tanto, aplicable, desde la entrada en vigor de la reforma el 1 de octubre de 2015, a las diligencias de instrucción, pues la norma orgánica no discrimina en función de la actividad a realizar.

Ahora bien, de los términos en que se ha llevado a cabo la reforma orgánica no cabe extraer la conclusión de que el acta escrita haya quedado desterrada como medio de documentación de las diligencias sumariales. El art. 230.3 LOPJ prohíbe, ciertamente, la transcripción de las grabaciones, pero ha de entenderse que lo hace refiriéndose a las actuaciones orales o vistas que realizan en el proceso los principios de oralidad e inmediación, y que por tal razón adquieren un sentido y finalidad muy distintos del que poseen los actos materiales de investigación que realiza un Juez de Instrucción, no para dirimir la acción penal, sino para preparar su enjuiciamiento por otro órgano judicial.

4. Sobre la supuesta eficacia derogatoria de la reforma orgánica

Es preciso analizar si la LO 7/2015 ha derogado tácitamente –pues expresamente no lo ha hecho- el conjunto de disposiciones del Libro II LECrim que establecen o



presuponen la documentación escrita de las diligencias sumariales de naturaleza personal.

Debe partirse, necesariamente, de las prescripciones de derecho común relativas a la vigencia de las normas jurídicas recogidas en el Título Preliminar del Código Civil, en concreto en su art. 2.2, que dispone que *las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior.*

La eficacia derogatoria de la norma posterior se determina en función de su incompatibilidad con la norma anterior en la concreta materia objeto de regulación. Es preciso, por lo tanto, analizar las variaciones que la reforma orgánica 7/2015 ha incorporado en materia de documentación de las actuaciones judiciales para determinar si las mismas inauguran un régimen jurídico nuevo incompatible con las previsiones específicas de la LECrim.

Pues bien, debe ya adelantarse que el empleo de medios técnicos exigido en el art. 230.1 LOPJ con vocación de generalidad en todos los órdenes jurisdiccionales no es intrínsecamente incompatible con la documentación en soporte escrito que subsiste en la regulación sectorial del proceso penal.

La grabación videográfica puede ser transcrita y ambos documentos quedar unidos a los autos para el cumplimiento de los fines del proceso, por lo que regulación orgánica y procesal no entran necesariamente en conflicto.

Todo lo más, desde una perspectiva de economía de medios y racionalización de gestión, la reforma orgánica permitiría dispensar la transcripción de aquellas grabaciones que ofrezcan garantías tecnológicas de integridad y autenticidad mediante firma electrónica del Letrado de la Administración de Justicia u otro sistema de seguridad admitido por la ley. Pero esta dispensa, oportuna por



motivos prácticos, ha de conformarse a las necesidades de alegación y prueba invocadas por las partes, que en caso de colisión deben prevalecer en virtud de su dimensión constitucional.

Por otra parte el art. 230.3 LOPJ, que prohíbe la transcripción escrita de las actuaciones orales y vistas, no puede ser aplicado a los actos de instrucción penal. Ya se ha indicado que se trata de actos materiales de investigación, de naturaleza heterogénea a los actos de vista regulados en la Sección 7ª del Título V del Libro II LEC (arts. 182 a 193 LEC).

Pero es que, además, la prohibición no resulta ser tan rigurosa e incondicional como parece, pues corresponde en último término a la legislación procesal fijar su contenido y límites, lo que obliga a compulsar directamente el texto del art. 147 LEC, tal y como emana de la reforma operada por el apartado 8 de la Disposición final cuarta de la LO 7/2015.

Objetivamente el art. 147.1 LEC exige la grabación de “las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal”. No se refiere, en consecuencia, a todos los actos del proceso que admitan un desenvolvimiento en forma oral, sino a aquellos que consistan precisamente en vistas, audiencias y comparecencias, es decir, los que tienen por finalidad propia oír a las partes antes de dictar la resolución conclusiva del pleito o de alguno de sus incidentes.

En tanto no existe un concepto legal, es interesante utilizar la interpretación gramatical en cuanto a qué deba entenderse por vistas, audiencias y comparecencias, para confirmar que la fase de instrucción no está comprendida. Efectivamente, la Real Academia Española (RAE) define vista, como la “comparecencia ante un Juez o Tribunal en la que las partes exponen los fundamentos de sus respectivas pretensiones”; audiencia, como la “ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o en



expediente”; y comparecencia, como la “audiencia de las partes para que el Juez o Tribunal dicte una resolución incidental”.

La obligación de grabación trata de reforzar la inmediación, oralidad y concentración de actos, y atañe, en consecuencia, a los que se deben celebrar en presencia del Juez o de los Magistrados integrantes del tribunal que ha de dirimir las pretensiones.

La Ley 13/2009, que fue la que introdujo la obligación de grabar en el proceso civil, añadió al art. 147.1 LEC la mención a las “audiencias” sin alterar sustancialmente el sentido de la norma, pues el concepto de “audiencia” puede ser interpretado como una precisión o variante del de “vista”. Así, la doctrina considera que dentro del mandato legal de uso de los medios audiovisuales de documentación caen, además de las vistas principales, la audiencia previa en el juicio ordinario, o las comparecencias que tienen por objeto dirimir incidentes o fases del proceso, como la prevista para formular oposición a la ejecución por motivos de fondo (art. 560 LEC), convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados (art. 640 LEC), u oponerse a la ejecución hipotecaria (art. 695 LEC), entre otras.

A fortiori, la referencia del art. 147 LEC a que se trate de vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante un Tribunal y no un Juez, en el proceso penal, limita la aplicación del precepto a la fase de enjuiciamiento, con exclusión de la instrucción (en este mismo sentido, AAP Murcia nº 182/2015, de 18 de febrero).

Sistemáticamente, el art. 147.3 LEC apela al contenido de otras normas para configurar el alcance del mandato del que exceptúa “aquellos casos en que una ley así lo determine”, lo que significa que las actuaciones orales que se rijan por normas especiales de documentación y constancia se atenderán a ellas. En este mismo sentido, el propio art. 230 LOPJ condiciona hasta en dos ocasiones la aplicación de sus previsiones a la regulación legal existente: en su apartado



primero (“...con las limitaciones que a la utilización de tales medios establecen (...) las demás leyes que resulten de aplicación”) y en su apartado segundo (“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”).

Estas salvaguardas garantizan la pervivencia de las disposiciones de la LECrim que prevén la documentación por escrito de las diligencias sumariales, al tiempo que permite descartar su incompatibilidad o contradicción con el nuevo régimen de documentación emanado de la reforma orgánica 7/2015.

Estas conclusiones se refuerzan teniendo en cuenta que con posterioridad a la reforma orgánica 7/2015 se han promulgado dos importantes reformas de la LECrim (la LO 13/2015 de 5 de Octubre y la Ley 41/2015, de 5 de octubre) que, sin embargo, no han modificado en lo más mínimo los preceptos que hacen referencia en dicho texto legal a la documentación escrita de las declaraciones prestadas durante la fase de instrucción.

5. La cuestión de la documentación de las diligencias sumariales desde la perspectiva de los derechos fundamentales

La cuestión presenta una dimensión constitucional que no puede ser omitida. La documentación escrita de las diligencias sumariales involucra el derecho al proceso debido en aquellos casos en que alguna de las partes se acoge al art. 714 LECrim, o al art. 46.5 LOTJ, para incorporarlas, mediante contraste en el interrogatorio cruzado, al acervo probatorio del juicio oral.

Es doctrina constitucional consolidada (*vid.*, por todas, STC nº 151/2013, de 9 de septiembre) que es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) integrar en la valoración probatoria el resultado de



ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC nº 2/2002, de 14 de enero, FJ 7). De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (STC nº 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

La experiencia enseña, sin embargo, que en el momento de armar la prueba el manejo de grabaciones videográficas puede resultar engorroso y entorpecedor, al dificultar más allá de lo razonable la cita puntual de los extremos en los que se detecta contradicción o retractación, por lo menos cuando se trata de declaraciones extensas, prolongadas en el tiempo de singular complejidad -p. e., en el caso de periciales técnicas-.

Aunque no se puede afirmar apriorísticamente que la documentación videográfica de la diligencia instructoria suponga *per se* un obstáculo insalvable para la realización de los fines de los preceptos citados, sí es cierto que en determinadas circunstancias puede verse entorpecido o limitado el derecho de la parte a hacer valer su contenido, especialmente cuando no se cuenta con medios técnicos adecuados para incorporar a la grabación hitos o marcas que diferencien secciones y faciliten su cita.

La praxis judicial no está consolidada a la hora de ponderar la relevancia constitucional de este tipo de dificultades, aunque parece inclinarse por valorar caso a caso las necesidades concretas de defensa.

De manera categórica se pronuncia el ATSJ de Cataluña, secc. 1ª, nº 125/2013, de 19 de diciembre, en el sentido de que negar la transcripción escrita vulnera el



derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que lo solicita, declarando que “las restricciones que para el uso de la prueba plantean las grabaciones audiovisuales de las declaraciones hechas durante la instrucción, cuando no se transcriben, afectan al desarrollo del proceso ante el Tribunal del Jurado y por ello lesionan el derecho al proceso debido, especialmente si se trata de práctica generalizada”.

En esta misma línea, el AAP Murcia secc. 2ª nº 182/2015, de 18 de febrero declara que “parece evidente que no es posible la afectación de las garantías básicas previstas por la Constitución o la Ley establecidas a favor de los derechos de los ciudadanos o, como es el caso, de los justiciables, ni directa ni indirectamente, a partir de la aplicación de las normativas vigentes sobre nuevas tecnologías en la Administración de Justicia (...)”.

El AAP Vizcaya secc. 1ª, nº 90684/2015, de 29 de diciembre señala en esta dirección que “prescindir de la transcripción de declaraciones en fase de instrucción, comportaría graves e inasumibles consecuencias para todos los intervinientes en el proceso penal, no solo por la lentitud que pudiera conllevar en la preparación de juicios por todas las partes, e intervinientes, sino y especialmente por la práctica imposibilidad técnica y real de poder contrastar, en el juicio oral, las contradicciones sustanciales de las declaraciones de acusados y testigos en fase de instrucción”.

Esta potencial afectación de derechos fundamentales derivada de la falta de documentación o transcripción escrita de las declaraciones prestadas en la fase de instrucción del procedimiento se intensifica en relación con el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. La jurisprudencia se ha encargado de precisar que, en los supuestos de contradicción entre declaraciones de un mismo sujeto, “la convicción del Jurado no se forma con las declaraciones sumariales sino con las declaraciones en el juicio que retractan y explican las declaraciones del sumario, explicando la divergencia entre unas y otras de tal suerte que las declaraciones sumariales fueron atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la



debida contradicción” (STS nº 86/2004, de 28 de enero). Pues bien, en estos casos, como destaca acertadamente el AAP Murcia secc. 2ª nº 182/2015, de 18 de febrero, “el riesgo de que (los jurados) acaben oyendo contenidos ajenos por completo a lo que es la posible contradicción es altísimo, incontrolable, y con ello también se estaría creando un peligro innecesario añadido de "contaminación subjetiva" de dichos ciudadanos jurados. Precisamente por ello el Legislador ha introducido el mecanismo procesal del testimonio de particulares (escrito); de ahí su importancia”. En la misma línea el ATSJ Cataluña secc. 1ª nº 125/2013, de 19 de diciembre, señala que “si se han documentado audiovisualmente, la declaración testifical previa y la realizada en juicio oral, sometida a debate contradictorio, se confunden. Tal enredo, unido a la exigencia de motivación sucinta que prevé el art. 61.1.d) LOTJ, dificulta el cumplimiento de las garantías del proceso. Se ha dicho antes que las "declaraciones previas" sólo alcanzan el rango de prueba tras someterse a la contradicción en el juicio oral. Si la declaración previa grabada sólo es conocida en plenitud por el Jurado en el momento de la deliberación y entonces se le presenta de modo idéntico a la grabación del juicio, los riesgos son evidentes”.

Desde el punto de vista del interés de las partes de articular eficazmente la prueba en el seno del proceso penal, la prohibición de transcripción introducida por la reforma 7/2015 en el art. 230.3 LOPJ debe ser interpretada restrictivamente, máxime cuando, como ya se ha indicado, ofrece una cobertura legal muy dudosa tratándose de unas diligencias sumariales que no entran en la categoría de actuaciones orales y vistas a las que alude el precepto.

En resumidas cuentas, en el estado actual de la legislación orgánica y procesal, la transcripción de la grabación de las diligencias sumariales no es obligatoria en la medida en que, conforme al art. 230.2 LOPJ, los documentos emitidos por los medios técnicos descritos en el apartado anterior gozan de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos procesales, pero tampoco está prohibida, pues



las diligencias sumariales no entran en el ámbito objetivo de aplicación del art. 230.3 LOPJ, por lo que los Sres. Fiscales podrán en fase de instrucción interesar la documentación escrita cuando lo consideren necesario para una adecuada preparación de los medios de prueba a utilizar en el acto de juicio oral.

La decisión de denegar la transcripción legítima para denunciar, por medio del oportuno recurso, la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) que garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento (STC nº 131/1955, de 11 de septiembre, FJ 2); derecho que ostenta no solo el acusado, sino también el Ministerio Fiscal y, en su caso, el resto de las acusaciones (STC nº 151/2013, de 9 de septiembre).

6. Garantías adicionales que proporciona la grabación videográfica

Lo hasta ahora expuesto ha de entenderse desde la convicción del enorme progreso que desde el punto de vista del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes y desde una perspectiva garantista que la grabación videográfica de las declaraciones sumariales de investigados y de testigos puede tener.

En efecto, no es necesario argumentar que siempre se recogerá con mayor fidelidad lo manifestado en el documento videográfico o sonoro que en la transcripción escrita.

La transcripción escrita difícilmente recogerá el tono empleado por quien declara, la firmeza en la declaración o los titubeos o inseguridades en que se incurrió. No es infrecuente que el esfuerzo de síntesis de quien redacta genere pérdidas de contenido valioso. En ocasiones, por lo demás, quien transcribe utiliza palabras



no literales que pueden alterar el significado global de lo declarado. La práctica pone de manifiesto muchas actas de declaración en las que se consignan las respuestas pero no las preguntas, con la consiguiente pérdida del sentido global de las mismas.

Es por ello que, cuando se pretenda introducir en juicio lo declarado en la fase sumarial y documentado por escrito, siempre que en extremos relevantes puedan plantearse dudas en cuanto a su exactitud, los Sres. Fiscales interesarán la reproducción del documento videográfico o sonoro.

Por lo demás, las conclusiones de la presente Instrucción solamente mantendrán su vigencia en tanto los medios técnicos puestos a disposición de la Administración de Justicia no sean suficientes para una adecuada preparación de los medios de prueba a utilizar en el acto de juicio oral.

7. Cláusula de vigencia

La presente Instrucción no afecta a la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado.

8. Conclusiones

1ª El art. 230.1 LOPJ, desde la entrada en vigor de la LO 7/2015, acaecida el día 1 de octubre de 2015, ha generalizado el mandato de utilizar los medios técnicos puestos a disposición de la Administración de Justicia, por lo que se ha de estimar que en su ámbito de aplicación han quedado comprendidos los actos de instrucción penal de naturaleza personal (declaraciones de procesados, investigados, testigos y peritos).

2ª El art. 230.2 LOPJ considera que las grabaciones videográficas que reúnan los requisitos técnicos de integridad y autenticidad exigidos por la Ley son



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

documentos originales, por lo que pueden suplir eficazmente al acta escrita prevista en la LECrim para la documentación de las diligencias sumariales.

3ª La prohibición de transcribir en soporte escrito las grabaciones videográficas recogida en el art. 230.3 LOPJ no alcanza, sin embargo, a las diligencias sumariales, por no estar comprendidas en su supuesto de hecho.

4ª Los Sres. Fiscales, cuando lo estimen necesario para preparar adecuadamente la prueba, interesarán de forma razonada del Juzgado la documentación escrita de las diligencias sumariales. Si su petición se viese denegada, podrán hacer uso de los recursos habilitados en la LECrim para hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y de defensa, en la modalidad de utilización de medios de prueba eficaces y pertinentes (art. 24.2 CE).

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación del nuevo art. 230 LOPJ, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 14 de junio de 2017

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

José Manuel Maza Martín

**EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES
SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.**