



Roj: **AAP MU 8/2017 - ECLI: ES:APMU:2017:8A**

Id Cendoj: **30030370022017200008**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **10/01/2017**

Nº de Recurso: **152/2016**

Nº de Resolución: **137/2017**

Procedimiento: **APELACION AUTOS**

Ponente: **ABDON DIAZ SUAREZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

MURCIA

AUTO: 00137/2017

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de MURCIA

-

Domicilio: 1- SCOP AUDIENCIA TLF: 968 229157 FAX: 968 229278

2- SCEJ PENAL, TLF: 968 271373, FAX: 968 834250

Telf: a Fax: a

Equipo/usuario: JLG

Modelo: 662000

N.I.G.: 30030 37 2 2016 0000124

ROLLO: RT APELACION AUTOS 0000152 /2016

Juzgado procedencia: JDO. INSTRUCCION N. 8 de MURCIA

Procedimiento de origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0004922 /2008

RECURRENTE: Modesto

Procurador/a: INMACULADA TORRES RUIZ

Abogado/a: JOSE ANTONIO GARCIA SANCHEZ

RECURRIDO/A:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUDIENCIA PROVINCIAL Rº 152/16

SECCION SEGUNDA DPA 4922/08

MURCIA MURCIA-8

- A U T O Nº 137 / 2 0 1 7 -

Ilmos. Sres.:

D. Abdón Díaz Suárez

Presidente



D. Jaime Bardají García

Dña. María Dolores Sánchez López

Magistrados

En Murcia, a diez de enero de dos mil diecisiete.

- ANTECEDENTES -

En procedimiento D.P.A. nº 4922/08, el Juzgado de Instrucción nº Ocho de Murcia dictó auto de fecha 27 de marzo de 2015, en el que se acordaba denegar la petición de transcripción, elevándose particulares a esta Sección para dirimir la apelación interpuesta por la representación procesal de Modesto, subsidiaria a la reforma intentada, formándose rollo bajo el nº. 152/16.

Se señaló para la votación y fallo el día 10 de enero de 2017, fecha en la que efectivamente tuvo lugar su deliberación.

- FUNDAMENTOS JURIDICOS -

PRIMERO.- El Auto de 27 de marzo de 2015 que deniega la petición de transcripción es objeto de recurso jerárquico directo por entender que el imperio de la Ley obliga a documentar las diligencias de prueba en forma de transcripción de las mismas, por lo que debe accederse a que sean transcritas las diligencias personales.

No consta entre los particulares, informe del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- La respuesta que haya de darse a esta cuestión ha debido demorarse a la espera de obtener amplio o unánime consenso sobre la cuestión, alcanzado al fin en decisión plenaria adoptada por Auto de 9 de enero de 2017, adoptada por los magistrados integrantes de los órganos penales de esta Audiencia, presidida por su presidente el Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Larrosa Amante y bajo ponencia del Ilmo. Sr. D. Enrique Domínguez López, de la que se transcriben sus fundamentos jurídicos:

"Primero.- Según se infiere del Auto recurrido, el apelante y otros encausados en las presentes diligencias solicitaron la transcripción de las declaraciones que constan en la causa, y tal petición fue denegada, entre otras resoluciones, por el Auto de 27 de marzo de 2015, que es la resolución inicialmente recurrida.

Y la prolija fundamentación jurídica se centra, en síntesis, en que la solicitud es contraria al tenor literal del art. 230 de la L.O.P.J. en su redacción vigente en ese momento, así como al carácter supletorio del art. 147 de la L.E.Civ.

El auto desestimatorio de la reforma (dictado tras la publicación en el BOE de la L.O. 7/2015) insiste en los argumentos ya expuestos y en la previsión introducida en el art. 230 de la L.O.P.J. por la mencionada reforma, que establecía que las actuaciones orales y vistas grabadas y documentadas en soporte digital no podrán transcribirse.

Segundo .- Centrado así los términos del debate, no escapa a nadie que se trata de una cuestión compleja, sumamente discutida tanto en el pasado, como en el presente y, muy probablemente, en el futuro. Y tampoco puede dejar de adelantar la Sala que, como se verá, no son compartidas las motivadas y jurídicamente defendibles resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor.

En primer lugar, ha de ponerse de manifiesto que el art. 117 de la Constitución establece que el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales, siendo obvio que ese imperium no se limita a la decisión sobre el fondo del asunto, sino que afecta a muchos aspectos del proceso, sin que sea admisible injerencia alguna en la decisión sobre ellos, sólo pudiendo ser revisadas las decisiones tomadas mediante el ejercicio de los recursos devolutivos o no, que pudieran plantearse.

Hemos de indicar que la introducción de nuevas tecnologías en la Administración de Justicia es por todos deseada, y que es necesario avanzar en ese aspecto, lo que debe agilizar los procedimientos y facilitar el trabajo de los operadores jurídicos. Parece que no hay dudas en lo afirmado, pero eso debe ponerse en relación con el respeto a la legalidad (art. 9 de la Constitución y art. 1 de la L.O.P.J.) y con la tutela de los derechos de los ciudadanos a los que no cabe causar indefensión (art. 24.1 de la Constitución)

Por tanto, y sentado lo anterior, ha de resaltarse, ya desde el primer momento, que el problema planteado no es sólo de documentación y autenticación de actos procesales (extremo que sería competencia de los Letrados de la Administración de Justicia), sino que también afecta a derechos fundamentales, mucho más patentes en el ámbito de la jurisdicción penal, cuando se está hablando del derecho a la tutela judicial efectiva relacionado



con el principio de presunción de inocencia, y el derecho a un juicio justo, con todas las garantías favorables, también en lo que se refiere al acceso a la prueba, sin olvidar las peculiaridades que en el ámbito penal existen en cuanto a la atribución al Juez de determinadas competencias sobre puntos que, en otras jurisdicciones, han sido ya asumidos por los citados Fedatarios. En esta línea, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de ocho de mayo de 2015 (dictada en el recurso ordinario nº422/2014) es muy clara al afirmar que "la potestad de juzgar no puede entenderse restringida al momento procesal de resolver el litigio en la decisión que le pone término, sino que se extiende con toda evidencia a la tramitación procesal que precede a esa decisión. Dicho de otro modo, la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional" En la misma resolución se afirma que "resulta, en definitiva, equivocado sostener que la plasmación del expediente en soporte papel o en soporte informático es algo que sólo corresponde decidir al Secretario y en lo que el Juez no tiene nada que decir. Más bien al contrario, es el Juez quien tiene la última y definitiva palabra tanto sobre el contenido e integración del expediente como sobre su ordenación y confección". El propio art. 433 de la L.E.Cr., establece en su último párrafo que es el Juez el que ordenará la grabación de las declaraciones por medios audiovisuales en los casos previstos en ese precepto, lo que refuerza esta afirmación de la Sentencia citada.

También ha de señalarse, que el art. 230 de la LOPJ (en la redacción dada por la L.O. 7/2015) no puede interpretarse como norma que dé amparo a restricciones de los derechos de las partes en un proceso penal, sin que puedan servir sus genéricas afirmaciones para condicionar las decisiones que, en el estricto ejercicio de la potestad jurisdiccional, puedan adoptarse por los Jueces o Tribunales

Ha de indicarse que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal contiene una regulación expresa en materia de documentación, pues prevé y regula actuaciones e institutos procesales que precisan para cumplir sus fines, la documentación por escrito de las declaraciones sumariales. Como se dice en el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de uno de marzo de 2012 "el predominio de la escritura en la fase instructora sigue manteniéndose en nuestras leyes procesales".

Por todo ello, no alberga esta Sala ninguna duda sobre la exclusiva aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los procesos penales, donde la mayoría de las diligencias de investigación o instructoras son de naturaleza esencialmente escrita. Por ejemplo:

- art. 396, al hablar de lectura al procesado de declaraciones anteriores;
- art. 397, cuando dice que el procesado podrá dictar por sí mismo la declaración, y en caso contrario, el Secretario debe consignar las mismas palabras utilizadas;
- art. 402, al hablar de lectura de las declaraciones;
- art. 403, al hablar de tachaduras y enmiendas;
- art. 404, al hablar de firma de las declaraciones;
- arts. 440 y 441, de consignación de idioma de la declaración, y a continuación en español;
- art. 443, de lectura de la declaración por el testigo; y en caso contrario por el Secretario;
- arts. 444, sobre firma de estas declaraciones;
- arts. 452 y 453, al hablar de los careos.

Si existen supuestos en los que el Legislador ha previsto especialmente la posibilidad de grabación de las declaraciones, que se refieren a la necesidad de conservación anticipada de prueba, o lo que se conoce como prueba preconstituida y anticipada en general; y especialmente cuando se refiere a testigos menores de edad (arts. 433 , 448 último párrafo, 707 y 777.2 de la L.E.Cr .).

La diferencia de soporte de documentación en uno y otro caso es distinta, porque diferente es también su propia naturaleza. Mientras las primeras diligencias son únicamente de investigación o de instrucción, con necesidad de práctica de la verdadera prueba oral en el plenario (art. 741 de la L.E.Cr .), las segundas son verdadera fuente de prueba oral, que se practica y se documenta con grabación anticipada, a efectos de poder ser reproducida en el juicio, ya que el que la prestó o no está, o no se le localiza o es menor de edad. Como se indica en el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de uno de marzo de 2012 ya citado "el carácter escrito de la fase instructora debe siempre distinguirse,..., de la fase decisoria o del enjuiciamiento del juicio oral."

Por tanto, el argumento de que no procede la transcripción escrita de las primeras diligencias porque va en contra del tenor literal del art. 229 y 230 de la L.O.P.J. ya no tiene sentido, pues, este precepto debe aplicarse con las limitaciones que establezcan las leyes, y ya se ha hecho una descripción concreta y clara de los supuestos en los que la L.E.Cr. exige documentación escrita (con independencia de que el Juez Instructor decida, también, que se puedan recoger en soporte audiovisual).



Tampoco parece posible argumentar que la L.E.Cr. es una ley publicada en 1882, y que, en el momento de su promulgación, no podía prever el avance de la tecnología actual. Dicha normativa ha sido objeto de numerosas y múltiples reformas, en aras a su actualización, muchas de ellas en la última década, cuando la previsión de grabaciones de actos procesales eran muy comunes en otras jurisdicciones. De ello, son claros ejemplos los preceptos citados respecto a la prueba preconstituida y anticipada y, sobre todo, la nueva protección que se otorga al testigo menor de edad. Si el legislador hubiera querido variar la naturaleza escrita de los actos de instrucción, lo hubiera hecho; y no ha sido así, dejándola sin variación al respecto en las reformas operadas en 2015 a pesar de la introducción en la L.O.P.J. del vigente artículo 230.3, no aplicable a la especial regulación del proceso penal y que tampoco podría utilizarse en procedimientos incoados con anterioridad aplicando analógicamente la disposición transitoria primera de la misma norma, al caso que nos ocupa.

Finalmente, tampoco se comparte la necesidad de tener que acudir a la L.E.Civ, pues claramente no existe un vacío normativo, ya que la Ley Procesal penal regula toda la materia aplicable, por lo que no cabe sostener que puedan aplicarse de forma supletoria los arts. 146 y 147 de la L.E.Civ ..

Tercero .- Se infiere también de la resolución recurrida que existiría la posibilidad de reproducir en el plenario, cada una de las posibles contradicciones en las que puedan incurrir los declarantes. Tal afirmación no puede compartirse pues no se compadece con la forma en la que se desarrolla el plenario ante un Juzgado o Tribunal. En el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de uno de marzo de 2012 se afirma que "por la vía de la grabación, a su vez, se hallarían dificultades para corregir los errores involuntarios padecidos por los declarantes, las explicaciones poco claras o ambiguas evacuadas por los mismos, las imprecisiones deslizadas, etc...".

En este punto, cabe reproducir parte del Auto de dieciocho de febrero de 2015, dictado en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado nº1/2015 (Sección Segunda) en el que se afirma que "el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con proscripción de cualquier tipo de indefensión, el derecho de defensa, el derecho a un proceso con todas sus garantías (no con algunas), el derecho al juicio justo, el derecho a utilizar debidamente los medios de prueba para una adecuada defensa y el derecho a la presunción de inocencia, entre otros, están totalmente afectados por la propia dinámica del juicio oral penal que nada tiene que ver con otro tipo de procesos de jurisdicciones diferentes. Es desde luego en el curso del proceso penal y especialmente en el acto del plenario donde se manifiestan con más intensidad y grave repercusión para los justiciables las posibles afectaciones de sus derechos fundamentales, tal como ya dijimos anteriormente; de ahí que haya que emplearse con la suficiente energía para protegerlos.

Una dinámica del juicio construida a base de interrupciones, búsqueda continua del material probatorio, localización intermitente de pasajes concretos de una grabación audiovisual, o la imposibilidad de plantear con agilidad y eficacia la existencia de contradicciones en las declaraciones personales de los protagonistas del juicio, sin que las partes tengan directamente a su vista, muy cerca de ellas, de acceso inmediato a la información, las posibles fuentes de prueba no sirve para garantizar todos aquellos derechos fundamentales a los que antes nos hemos referido.

Y junto a ello, no lo olvidemos, porque desde un punto de vista operativo es absolutamente inviable e impracticable. No parece razonable pretender que las partes, los profesionales, estén pendientes intelectivamente al mismo tiempo del contenido material de todas las declaraciones sumariales y las propias del juicio de acusados y testigos y, al unísono, pendientes igualmente del instante temporal exacto, absolutamente preciso en cuanto a su reflejo en el contador de pasos de la máquina de reproducción audiovisual a fin de poder pedir que ésta se active en su caso, sin contaminaciones añadidas e indeseadas del Jurado, en el que se han podido producir una o varias contradicciones personales; y mucho menos si este tipo de circunstancias se producen o se pudieran producir con varias declaraciones diferentes durante ese mismo acto del plenario y, sobre todo, sin poder prever nunca cuando se va a producir, en su caso, la posible contradicción. No es posible exigir esto a nadie por muchas nuevas tecnologías que se implanten en la Administración de Justicia. El acto del juicio oral por delito es muy especial, sumamente delicado y sensible y por ello no se puede ir más allá de lo que sea medianamente prudencial y razonable. De ahí, una vez más, la imperiosa necesidad - y la previsión del Legislador - de que las partes dispongan de los oportunos testimonios de particulares escritos de todas las declaraciones sumariales de inculpados y testigos."

Ese mismo derecho de defensa, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (algo que viene reconociendo desde el comienzo de su andadura el Tribunal Constitucional, siendo reflejo de lo expuesto las Sentencias de veintidós de abril de 1981 y de cuatro de abril de 1984), obliga a que las partes tengan a su disposición los testimonios del proceso que consideren necesarios, a efectos de utilizarlos en juicio oral; y en la forma que les permita un manejo más hábil y rápido. Esencialmente, cuando la propia L.E.Cr. ha previsto la documentación escrita de tales elementos de investigación.



Cuarto .- En definitiva, vista la necesidad de lograr un pronunciamiento uniforme en la problemática planteada, las Secciones Penales de la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia se han reunido y fijan como criterios en esta cuestión:

- 1) La materia objeto de este recurso es estrictamente Jurisdiccional, correspondiendo exclusivamente su decisión a los Jueces y Tribunales (art. 117.1 de la Constitución y arts. 2 y 3 de la L.O.P.J)
- 2) La formación del sumario está legalmente atribuida al Juez (art. 306 de la L.E.Cr .), siendo responsabilidad y competencia indelegable del mismo el acordar la transcripción de las declaraciones en cumplimiento de la legalidad vigente.
- 3) Dejando sentado que las previsiones introducidas en la L.O.P.J. por la L.O. 7/2015 no son aplicables a los procedimientos incoados con anterioridad a su entrada en vigor, en el caso de documentarse de forma distinta a la legalmente establecida una diligencia durante la instrucción que según la L.E.Cr., deba ser escrita (declaraciones de testigos/peritos, imputados/investigados/procesados, practica de careos, etc), la parte podrá acudir a la impugnación por vía de recurso de reforma/apelación, de esa decisión judicial.
- 4) Las órdenes dadas, dentro de un procedimiento penal, por un Magistrado/Juez de Instrucción sobre transcripción de declaraciones o toma de las mismas en soporte escrito o cualquier otro, están integradas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, siendo de obligado cumplimiento para cualquier Autoridad o funcionario, solo pudiendo ser revisadas en vía de recurso de reforma y/o apelación.

Quinto .- A la vista de todo lo anterior, debe estimarse el recurso planteado (siguiendo lo establecido en los Autos de la Sección Segunda de esta Ilma. Audiencia Provincial de Murcia de 18 de febrero y de 28 de julio de 2015, así como, por citar otros órganos jurisdiccionales, el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de uno de marzo de 2012 y el Auto de diecinueve de diciembre de 2013 de la Sala Civil y Penal del TSJ de Cataluña), de tal manera que se deberá proceder a la transcripción de las declaraciones instructoras de los encartados, testigos y peritos, que no tengan la consideración de prueba preconstituida o anticipada, declarando de oficio las costas procesales derivadas de esta resolución (arts. 239 y 240.1 de la L.E.Cr .)".

TERCERO.- En presencia de los arts. 239 y 240 de la L.E. Criminal , las costas de esta resolución se declaran de oficio.

Vista la legislación aplicable,

LA SALA ACUERDA:

ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Torres Ruiz en nombre y representación de Modesto , contra Auto de fecha 27 de marzo de 2015 dictado por el Juzgado por el Juzgado de Instrucción nº Ocho de Murcia , que se **REVOCA** para, en su lugar se proceda por el Juzgado, directamente por personal del mismo, o con la ayuda externa que a solicitud del magistrado instructor se le suministre, a la transcripción escrita de las declaraciones de imputados, investigados, peritos y testigos que consten como diligencia de instrucción en este procedimiento, para lo que el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor impartirá las órdenes e instrucciones oportunas, declarándose de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra esta resolución no puede interponerse recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro Auto, lo mandan y firman los Magistrados reseñados al margen, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Abdón Díaz Suárez, de lo que doy fé.