

## 2. DERECHO PROCESAL PENAL

### 2.1 Propuesta de regulación legislativa de la mediación penal

Se considera necesario implantar este mecanismo restaurador para la solución de determinados conflictos, porque el abandono del Borrador de Código Procesal Penal, que recogía expresamente su regulación, mantiene un vacío normativo que parece desconocer un instrumento que se ha mostrado eficaz para dar una respuesta normalizada al delito, conjugando al mismo tiempo el interés de la víctima con los fines tradicionalmente asociados al Derecho Penal.

El abandono de este ambicioso proyecto deja huérfano de regulación el instituto de la mediación que, sin embargo, se contempla en dos recientes iniciativas legislativas.

En primer lugar, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP recoge como novedad una expresa referencia a la reparación de la víctima y a los resultados del proceso de mediación en el instituto de la suspensión (art. 84 CP).

En segundo lugar, la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* incluye una referencia a la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa. En este punto, el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e infractor y subraya la desigualdad moral que existe entre ambos. Por ello, la actuación de estos servicios se concibe orientada a la reparación material y moral de la víctima, y tiene como presupuesto el consentimiento libre e informado de la víctima y el previo reconocimiento de los hechos esenciales por parte del autor. En todo caso, la posible actuación de los servicios de justicia restaurativa quedará excluida cuando ello pueda conllevar algún riesgo para la seguridad de la víctima o pueda ser causa de cualquier otro perjuicio.

Por esta razón, en la LECrim debería introducirse una regulación de la mediación.

### 2.2 Necesidad de regular la obligatoriedad de la transcripción escrita mediante acta de determinadas diligencias de instrucción

Debiera introducirse un artículo en la LECrim que aclare y solucione legislativamente un problema práctico en el modo de dejar constancia de determinadas diligencias o actuaciones de instrucción.

Efectivamente, en el territorio de varias Audiencias se ha detectado un grave problema, originado por la negativa de algunos juzga-

dos de instrucción a proceder a la transcripción de los actos de carácter oral registrados en la fase procedimental de instrucción, limitándose a entregar una copia de las grabaciones en DVD a las partes personadas, y negándose a levantar acta escrita de la diligencia, lo que provoca graves disfunciones en el procedimiento.

El origen del problema está en una interpretación extensiva de los artículos 743 LECrim (introducido por la Ley 13/2009) y 788.6 LECrim., que, aunque referidos únicamente al juicio oral, se aplican por algunos juzgados a la fase de instrucción.

Esto ha motivado resoluciones como el auto 22/2012, de 23 de enero, de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 2.<sup>a</sup>), donde se afirma que «Estamos con el MF en que la LECrim regula la grabación en soporte audiovisual únicamente referida al juicio oral (art. 743) y la necesidad de levantar acta escrita en la fase de instrucción para testigos e imputados en los artículos (entre otros): 443, 444, 445, 446, 448, 449, 450, 452, 453, 402, 403, 404, 408, sin que admita la posibilidad de documentarlo exclusivamente en soporte audiovisual; y en que la justificación de la diferencia entre la obligación de medios audiovisuales para el juicio oral y la necesidad de documentar por escrito la fase de instrucción debe ser puesta en relación con la distinta finalidad de esas dos fases procesales, lo que se evidencia en prescripciones como la del artículo 714, y por evidente sentido práctico; cabría añadir que a esa conclusión se llega asimismo a la vista de lo establecido en el artículo 46.5 de la LOTJ.

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 la 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 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».

Pero existen otras Audiencias que deniegan, en vía de recurso, esta transcripción, lo que tiene efectos prácticos negativos en la contradicción en el juicio oral, puesto que a veces no funciona el aparato reproductor, no se oye bien, o la reproducción ha de hacerse en tiempo real y repetidamente cada vez que lo solicitan las distintas partes, buscando el trozo concreto que se quiere escuchar.

Por ello parece conveniente aprovechar la ocasión de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir un precepto –en la línea del artículo 119 ALECrím. 2011– cuyo tenor literal podría ser el siguiente:

«*Garantía de transcripción*

En la fase de instrucción, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, el juez ordenará la transcripción mediante acta escrita del contenido de las vistas, declaraciones, audiencias y, en general, de todos los actos de carácter oral registrados en soporte audiovisual.»

### 2.3 Propuesta de regulación de la segunda instancia

El Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOCG 20 de marzo de 2015 Núm. 138-1) actualmente en tramitación no es, ni mucho menos, el primer impulso normativo hacia la generalización de la segunda instancia en el ordenamiento procesal penal español. Nos hallamos en presencia de una tendencia reformadora que inició su andadura en el plano orgánico judicial mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, pero que no llegó a consumarse en el plano procesal. El Proyecto parece destinado a poner término a esta demora.

El artículo único, apartados seis y siete de la meritada LO 19/2013 modificó el art. 64 e introdujo el art. 64 bis en la LOPJ, para crear una Sala de Apelación de la Audiencia Nacional destinada a conocer los recursos de esta clase que estableciera la ley adjetiva contra las resoluciones de su Sala de lo Penal.

El artículo único, apartado ocho modificaba por su parte el art. 73 LOPJ, para, entre otras cosas, establecer en el apartado 3 c) del citado precepto que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Penal, de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales.

Con la reforma orgánica se pretendía reducir la carga de trabajo de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS y «resolver la controversia surgida como consecuencia de la resolución de 20 de julio de 2000 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se mantuvo que el actual sistema de casación español vulneraba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos» (Exposición de Motivos de la LO 19/2003, apartado II).

Los textos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos reconocen el derecho de las personas que resulten condenadas en un proceso penal a que el fallo y la pena impuesta sean examinados por un tribunal superior (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, art. 2 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos).

Como es sabido, el TC ha consolidado un cuerpo de doctrina sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que, iniciado con la STC n.º 167/2002, de 18 de septiembre, se ha perfilado hasta la actualidad con numerosas resoluciones (SSTC n.º 213/2007, de 8 de octubre, FJ 2; 64/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 180/2008, de 22 de diciembre, FJ 2; 120/2009, de 18 de mayo, FFJJ 2 a 4; 132/2009, de 1 de junio, FJ 2 y 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

Conforme a esta doctrina, el derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías exige que sólo el órgano judicial ante el que se practiquen, con posibilidad de contradicción y publicidad, pueda valorar las declaraciones de las partes, testigos o peritos.

Por consiguiente, ha de estimarse vulnerado aquel derecho si el órgano de apelación condena a quien fue absuelto en la instancia, o agrava su situación en el caso de que hubiera sido condenado, si para ello establece una nueva declaración de hechos probados que tiene su origen en la valoración de pruebas personales, de manera que si en la fase de apelación se debaten cuestiones de hecho suscitadas por la apreciación de aquella clase de pruebas, habrá de celebrarse una vista pública con posibilidad de contradicción, para que el órgano de apelación pueda resolver con un conocimiento directo e inmediato de las mismas, ya que se trata de pruebas cuya cabal valoración exige que se desarrollen ante la presencia del órgano judicial que ha de decidir.

El TC insiste en que la exigencia de inmediación en la práctica de las pruebas personales sería fútil, como garantía de efectiva defensa de las partes y de la adecuada apreciación de aquéllas, si un Tribunal superior pudiera reconsiderarlas con la mera fundamentación de la Sentencia recurrida o con la constancia documental que proporciona el acta del juicio oral (SSTC n.º 64/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y 173/2009, de 9 de julio, FJ 3).

También es doctrina constitucional consolidada que la constatación de la existencia de la lesión precedente conlleva la del derecho a la presunción de inocencia si tales medios de prueba, impropriamente valorados en la fase de recurso, se erigieron como única o cardinal prueba de cargo para fundar la condena (SSTC n.º 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2, entre otras muchas).

El Ministerio Fiscal cuando ejerce la acción penal –y las acusaciones personadas– no dispone en el actual marco procesal de remedio alguno (a salvo los estrechos y excepcionales supuestos de solicitud de declaración de nulidad de la sentencia por vulneración de la tutela judicial efectiva de las acusaciones ante la absoluta irracionalidad de la motivación) para instar el tribunal superior una revisión de la valoración probatoria efectuada por el de instancia cuando la sentencia absolutoria se fundamente en pruebas de naturaleza personal (testigos y peritos).

Ello se debe a que el recurso de apelación en el trámite del procedimiento abreviado –que es el que, conforme a la reforma proyectada, se va a utilizar en todos los recursos de apelación, salvo para el Jurado– no permite celebrar actividad probatoria ante el órgano *ad quem* más que en los supuestos muy limitados y restrictivos que se deducen del tenor del art. 790.3 LECrim:

*«En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.»*

En ningún caso cabe instar la repetición de una prueba personal practicada en primera instancia para que pueda ser nuevamente valorada por el tribunal *ad quem* con plena inmediación. La acusación, por lo tanto, carece de la posibilidad real de invocar el motivo del error en la apreciación de la prueba cuando la sentencia ha favorecido al acusado al valorar las pruebas personales practicadas en el juicio oral. En estos supuestos, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia resulta inamovible, lo que dota al órgano judicial que dicta sentencia del poder de conformar de manera irreversible el fallo y no siempre se compadece con las exigencias de la justicia material.

Se propone por ello que se valore la oportunidad de reformar el art. 790 LECrim, para incluir la posibilidad de que cuando el Ministerio Fiscal o una acusación personada interpongan recurso de apelación alegando como motivo el error en la apreciación de la prueba, puedan instar la repetición en la segunda instancia de aquellas pruebas personales que a su juicio hubieran sido incorrectamente valoradas por el órgano *a quo* y de cuya revisión pudiera derivarse la alteración del sentido del fallo.

En tal caso, la norma habría de prever, igualmente, que se procediese a la citación del acusado a la vista de apelación en la que se practicaría tal prueba para que pueda estar presente en el desarrollo de la misma y pueda rebatirla eficazmente con la asistencia de su Letrado,

pues sólo así quedaría salvaguardado su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Por tal motivo, su presencia sería coercitivamente exigible en los mismos casos y términos previstos en el art. 786.1 LECrim.

No se nos escapa sin embargo que esta solución apuntada y que podría paliar el déficit en la apelación de sentencias absolutorias conlleva, importantes disfunciones logísticas, pues a la gravosidad intrínseca que implicaría volver a repetir las pruebas personales, se sumaría ahora el dato añadido de que esta repetición se tendría que desarrollar en la sede de los TSJ (cuando de la apelación de sentencias de Audiencias provinciales se tratara) que normalmente no tienen su sede física en la misma provincia sino en otra distinta.

Por otro lado, esta introducción de la segunda instancia, implica una ampliación de las funciones del Ministerio Fiscal y tiene una importante repercusión en las judiciales, que precisaría de un estudio en profundidad sobre sus consecuencias y repercusiones en los medios con que actualmente cuenta la Administración de Justicia para afrontar tal reforma.

La situación actual vulnera el principio de igualdad de partes y el derecho al recurso y deja al Ministerio Fiscal, y a la sociedad que representa, inerte para combatir sentencias absolutorias erróneas y tampoco estimula precisamente el acierto ni el rigor en la fundamentación de las sentencias que dicten nuestros jueces, sean de lo Penal o de la Audiencia, al saber que, en la práctica, no van a poder ser corregidas.

El Proyecto actualmente en tramitación se decanta por consagrar esta opción al prever que «la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2».

Otra posibilidad para permitir abrir el recurso de apelación a la impugnación de sentencias absolutorias sería la de modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo que, fuera los supuestos de discusión sobre cuestiones estrictamente jurídicas, de valoración de pruebas documentales o de evidente arbitrariedad en el razonamiento del juzgador de instancia, pueda valorarse lo actuado en ésta mediante el visionado de la grabación efectuada.