

**CURSO:**

**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y PROCESOS JUDICIALES. ESPECIAL  
REFERENCIA A LAS GRABACIONES VIDEOGRÁFICAS: LEGITIMIDAD Y  
TRASCENDENCIA PROCESAL**

**C.E.J. 18 Y 19 ABRIL 2013**

**Ponencia:**

**LA DOCUMENTACIÓN VIDEOGRÁFICA DE LAS VISTAS  
ORALES Y SU TRASCENDENCIA PROCESAL. ESPECIAL  
REFERENCIA AL VISIONADO DE GRABACIONES Y  
REVISIÓN DE PRUEBAS PERSONALES EN SEGUNDA  
INSTANCIA PENAL.**

**Por Jesús J. Tirado Estrada**

**Fiscal ante el Tribunal Constitucional**

### **Resumen:**

*La presente ponencia parte de lo dispuesto en su redacción original por el art. 147 LEC y tras tratar el impacto sobre el mismo de la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, y la generalización que ésta supone a todos los órdenes jurisdiccionales de la obligación de registrar en soportes apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen las comparecencias, audiencias y vistas orales, aborda su trascendencia procesal deteniéndose en las consecuencias que, de cara a la nulidad, conllevan las grabaciones fallidas o deficientes, así como, particularmente en el orden penal, las posibilidades de ser utilizadas con valor probatorio en segunda instancia. A estos últimos efectos se expone y analiza la doctrina constitucional sobre el derecho a la doble instancia en sede penal elaborada a partir de las normas internacionales relevantes (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el juego del art. 6.1 de éste último Convenio), efectuando una referencia particularizada a las consecuencias a extraer en relación con la satisfacción de las exigencias derivadas de las mismas y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por nuestro concreto diseño del recurso de apelación y la casación, efectuando un examen específico de la doctrina emanada de la STC 167/2002 hasta sus últimos exponentes en las SSTC núm. 144/2012 y 43/2013 sobre la revocación de las sentencias absolutorias, deteniéndose en los pronunciamientos de las SSTC 120/2009; 2/2010 y 30/2010 en torno a la trascendencia valorativa procesal y juego en segunda instancia de las grabaciones audiovisuales de las vistas orales, así como en la posible incidencia de las disposiciones al respecto de la referida Ley 13/2009.*

# **LA DOCUMENTACIÓN VIDEOGRÁFICA DE LAS VISTAS ORALES Y SU TRASCENDENCIA PROCESAL. ESPECIAL REFERENCIA AL VISIONADO DE GRABACIONES Y REVISIÓN DE PRUEBAS PERSONALES EN SEGUNDA INSTANCIA PENAL.**

Por Jesús J. Tirado Estrada

Fiscal ante el Tribunal Constitucional

Sumario: I.- Introducción. II.- Trascendencia procesal de las grabaciones fallidas: supuestos de nulidad de actuaciones. III.- Doble instancia, sistema de recursos y revisión de pruebas personales en segunda instancia penal a partir del registro audiovisual de vistas orales. IV.- Conclusión.

## **I.- INTRODUCCIÓN.**

La Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC-, ya en su redacción original, concretamente en su art. 147 LEC, estableció, como importante novedad en nuestro sistema procesal, que las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registrasen preceptivamente en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, limitándose en estos supuestos la documentación del Secretario Judicial, en correlación con lo establecido en el apartado segundo del art. 146 del código procesal civil, a la consignación, junto con los datos relativos al tiempo y al lugar, de las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el Tribunal, así como a las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en dicho soporte.

Con estas nuevas disposiciones se pretendió sin duda modernizar la Administración de Justicia posibilitando aprovechar las aportaciones que conlleva el empleo de las nuevas

tecnologías y desde luego contribuyeron a flexibilizar la tarea de documentación del Secretario Judicial, si bien a éste seguía correspondiendo garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido conforme a lo explícitamente dispuesto en el art. 453 LOPJ.

Dichos preceptos fueron modificados, en lo que ahora más interesa, por la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*, que, dando un paso más, incluso llegó a excusar, como regla general ex. art. 146.2 LEC, la presencia del Secretario Judicial en las referidas actuaciones orales en *vistas, audiencias y comparencias* siempre que se contase con los medios tecnológicos necesarios para que se pudiera garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías, todo ello salvo que las partes hubieran solicitado su intervención, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que, excepcionalmente, la considerase necesaria el propio Secretario Judicial atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justificasen.

A partir de las nuevas disposiciones, el documento electrónico que contenga la grabación, siempre que incorpore la firma electrónica reconocida del Secretario judicial, constituye el acta a todos los efectos. Sólo en aquellos supuestos en que no pudieran utilizarse los mecanismos de registro o de garantía que permitan respectivamente la grabación de las vistas o garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, el acta se extenderá por el Secretario judicial que concurra a la vista. También se estableció el contenido mínimo del acta que ha de levantar el Secretario judicial durante las vistas cuando se utilicen medios técnicos de grabación y sin embargo no se pueda utilizar la firma electrónica, ya que en tales casos el soporte que contenga la grabación no constituye el acta del juicio al no ofrecer las garantías de la autenticidad e integridad de lo grabado. Cuando ni siquiera fuere posible la utilización de medios técnicos de grabación, el acta extendida por el Secretario judicial deberá recoger, con la extensión y detalle necesario, todo lo actuado. Se establece además de forma obligatoria la extensión del acta por procedimientos informáticos, excepto en el caso de que la Sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos; con ello se busca la erradicación de las actas manuscritas, en muchos casos ilegibles, tan frecuentes todavía en muchos órganos jurisdiccionales españoles.

Por demás, la referida Ley 13/2009 introdujo en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 89), en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 63. apartados 3 a 7) y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 743) la grabación de las vistas, audiencias y comparencias de modo generalizado, tal y como se había anticipado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con el confesado objetivo de reforzar las garantías del justiciable, según expresa su Preámbulo. Las previsiones anteriormente reseñadas -con leves matizaciones- se hicieron, por tanto, extensivas a todos los órdenes jurisdiccionales con carácter igualmente obligatorio y preceptivo (“se registrarán” es el término imperativo empleado en todas estas concreciones siguiendo el precedente del art. 147 LEC).

Pues bien, no cabe duda que el resultado de la grabación como constatación material de lo sucedido en la vista, audiencia o comparecencia, además de las evidentes ventajas que supone para la facilitación de la labor del Secretario Judicial, presenta la virtualidad de constituir un elemento fundamental tanto para la decisión del órgano judicial a quo en primera instancia como para las partes a efectos de articular su derecho a revisar en segunda instancia un pronunciamiento judicial contrario a sus intereses y, en dicha medida, puede adquirir trascendencia para la decisión del órgano judicial que actúe en esa segunda instancia.

La presente ponencia no pretende un abordaje universal de toda la problemática y consecuencias que ello conlleva, sino que se circunscribe en exclusiva a abordar dos aspectos concretos relacionados con éste último ítem: por un lado, las consecuencias que, de cara a la declaración de nulidad de actuaciones, conllevan las grabaciones fallidas o deficientes; y, por otro, las posibilidades de que las grabaciones bien realizadas puedan ser utilizadas con valor probatorio en segunda instancia en el orden penal, habida cuenta de la doctrina elaborada por nuestro Tribunal Constitucional sobre la doble instancia y las posibilidades de revisión de pruebas personales.

## **II.- TRASCENDENCIA PROCESAL DE LAS GRABACIONES FALLIDAS: SUPUESTOS DE NULIDAD DE ACTUACIONES.**

La trascendencia procesal de la documentación videográfica se ha planteado en las diversas jurisdicciones incluso antes de su obligada generalización por mor de la Ley 13/2009 dado que la grabación de las vistas se vino haciendo en la práctica no sólo en el orden jurisdiccional civil.

En el **ámbito del proceso civil** ha sido discutida la trascendencia procesal de la grabación de las vistas orales especialmente con ocasión de denunciar precisamente los casos en los que no se había podido llevar a cabo dicha grabación con el debido éxito (grabaciones fallidas con discos en blanco o deficiencias de imagen y/o sonido) como generadores de nulidad de actuaciones. En sede de recursos de apelación se ha venido solicitando de manera no infrecuente dicha nulidad ante la inexistencia o deficiencia del soporte videográfico de la audiencia previa y/o del juicio.

Las soluciones que las distintas Audiencias Provinciales han dado a estos supuestos no han sido unívocas y frecuentemente se ha acudido a criterios casuísticos. Para hacernos una buena idea del estado de la cuestión y su tratamiento basta acudir a la **STS (Sala Primera) nº 857/2009, de 22 de diciembre de 2009**, que en su FJ 2 (con ocasión de un recurso extraordinario por infracción procesal en el que se reproducía la petición de nulidad de actuaciones interesada en el recurso de apelación ante la inexistencia de soporte videográfico de la audiencia previa y del juicio) indica que:

“El sistema de grabación y reproducción de imagen y sonido prevista en el artículo 147 de la Ley traslada de forma virtual al órgano judicial de segunda instancia el juicio celebrado en el Juzgado, incluida la inmediación de la que, en principio, adolece el Tribunal de apelación. Ocurre que este sistema novedoso de documentación que impuso la Ley de 2000, ha conducido en ocasiones a situaciones indeseadas como las que se presentan

cuando puesto en funcionamiento el CD, la cinta de vídeo o de audio ninguna de ellas ha reproducido el juicio por encontrarse en blanco o ser tan deficiente que no es posible tomar conocimiento del mismo. El problema es evidente puesto que al hecho de exponer a las partes a un nuevo juicio, con el consiguiente retraso en la solución del conflicto, se suma la eliminación del efecto sorpresa y de la consiguiente estrategia procesal puesto que ya se conocen los datos de prueba y las consecuencias de una determinada actuación.

En estos momentos existe un cuerpo de resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que analizan el problema y lo resuelven no tanto de forma contradictoria como adaptada al caso concreto en que se produce la infracción. Algunas de ellas declaran la nulidad de actuaciones dada la situación de indefensión que produce a las partes el hecho de que no se puede valorar la prueba en otras instancias (SSAP de Cáceres de 22 de septiembre de 2001; de Málaga 9 de julio 2002; de Asturias de 13 de diciembre de 2002 y 9 de mayo 2006; de Las Palmas de 17 de mayo 2006, entre otras), haciéndolo con base en los artículos 209.3, sobre forma y contenido de las sentencias, y 218.2, sobre motivación de las mismas, puestos en relación con los artículos 147 y concordantes de la Ley. Otras reconducen la nulidad sólo a los medios de prueba que han de practicarse en el acto del juicio, no a las documentales, pues ante las mismas se halla en idéntica posición el Juez de primera y el de segunda, de tal forma que si la solución del litigio puede alcanzarse a partir del análisis de esta prueba, prescindiendo de las declaraciones practicadas en el acto del juicio, entienden que ninguna indefensión se produce por el hecho de que no se hubiera documentado el juicio, lo cual conlleva que no quepa la nulidad de lo actuado (SSAP de Málaga 17 de julio de 2.001, Asturias 23 de octubre de 2003). Finalmente, un tercer grupo de sentencias admiten que junto a la exigencia de registrar las actuaciones orales en vistas y comparecencias en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, bajo la fe del Secretario Judicial, el artículo 187.2 de la Ley permite que la vista se documente por medio de acta realizada por el Secretario Judicial siempre que los medios de registro no pudieran utilizarse por cualquier causa, rechazando la nulidad, especialmente si esta es suficientemente amplia, pormenorizada y detallada (SSAP de Asturias de 16 de diciembre de 2.002; Zaragoza de 11 de abril de 2006; Córdoba 12 de enero 2009, entre otras).

La nulidad de actuaciones, que se acoge en alguna de estas resoluciones, es una medida excepcional y de interpretación restrictiva por lo que es necesario para apreciarla que se haya producido una efectiva indefensión a las partes en litigio y esta indefensión no se produce cuando, como aquí sucede, existe un acta previa levantada por la Secretaría Judicial, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 187.2 y 145 LEC, en la que se recoge todo el contenido de las pruebas de tal forma que la fallida grabación queda suficientemente suplida con su lectura; acta en la que se pudo incluir la protesta, que no hizo, para su incorporación a la misma, por la denegación de la prueba testifical o de la que tenía por objeto un vídeo sobre el desarrollo de la carrera, que no había solicitado ni propuso como prueba.”

La nulidad fue apreciada, por ejemplo, en la SAP de Alicante (Sección 5ª) nº 1/2011, de 10 de enero, cuyo FJ 1, siguiendo pronunciamientos precedentes propios de la misma Sala y Sección de las SSAP nº 87/2006, de 26 de febrero y 526/2004, de 23 de septiembre, en un caso de inexistencia de grabación y deficiencia del acta que no recogió con detalle el desarrollo de la vista, entendió producida infracción de las normas de procedimiento concernidas (arts. 146.2 y 147 LEC) y procedente la nulidad de lo actuado

conforme al art. 465.3 LEC “pues de lo contrario quedaría afectado el derecho de defensa de la parte apelante, ya que tanto la sentencia de instancia como el recurso de apelación, basado en error en la apreciación de la prueba, hacen referencia, además de las diligencias de prueba documental, la prueba testifical, por lo que la ausencia de grabación, esencial para la resolución del recurso, imponen que se declare la nulidad y se retrotraigan las actuaciones al momento de la celebración de la vista del juicio a fin de que se lleven a cabo nuevamente las diligencias de prueba antes aludidas y se cerciore el Secretario de que la grabación se efectúa correctamente”.

La cuestión ha sido planteada también en el **ámbito del proceso laboral**. Como ejemplo de ello pueden citarse dos sentencias: la STSJ Galicia (Sala de lo Social) nº 3264/2009, de 29 de junio, FJ 2 y la STSJ Extremadura (Sala de lo Social) nº 636/2010, de 24 de noviembre, FJ 1, que reproduce, con consideración del art. 147 LEC y del ya vigente art. 89.4 de la LPL tras la modificación operada por la Ley 13/2009, las consideraciones reseñadas de la precedente STS (Sala 2ª) nº 978/2010, de 30 de diciembre, a la que ya se ha hecho referencia, y resuelve el caso concreto indicando que “En nuestro caso, en el DVD unido a los autos puede apreciarse la imagen de la sala de vistas, aunque efectivamente no se oye. Pero no por ello se ha causado indefensión alguna al recurrente: en las actuaciones figura (folios 139 a 149) una acta de juicio firmada por los participantes en el mismo, bajo fe de la Sra. Secretaria Judicial, en la que constan las partes, unas brevísimas alegaciones de la actora y de la demandada y la enumeración de las pruebas (interrogatorio de partes y testifical) practicadas en dicho acto, con exposición detallada de las declaraciones, por lo que cumple sobradamente con lo establecido en los mencionados arts. 187.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 89.4 de la Ley de Procedimiento Laboral. Tal acta no puede considerarse sucinta, pues comprende diez páginas manuscritas en letra perfectamente legible. Pero, además, pudo la parte, antes de haber firmado el contenido de la misma, haber realizado las oportunas salvedades si es que la misma no reflejaba con exactitud las manifestaciones de las partes o de los testigos.”

En el **orden contencioso administrativo**, la cuestión fue planteada en la STSJ Galicia (Sala de lo contencioso administrativo, Sección Primera), nº 440/2008, de 18 de junio, cuyo FJ 3º rechaza la nulidad sobre la existencia de acta, lo dispuesto en el art. 187.2 para los casos en los que no es posible el registro por medios audiovisuales y el hecho de que la fe pública que otorga el Secretario Judicial sigue siendo garantía del desarrollo de la vista con sus incidentes, lo que permite a la Sala la plenitud de conocimiento para decidir.

De todas estas resoluciones, el criterio a extraer, de acuerdo especialmente con la *ratio decidendi* de la reseñada STS núm. 857/2009 es el carácter excepcional de la medida de nulidad de actuaciones que, resultando de interpretación restrictiva, únicamente deberá ser apreciada cuando pueda constatararse una efectiva y material indefensión de las partes en el litigio, lo que sucederá si no cabe suplir la fallida grabación con el acta, de modo que no ocurrirá tal ni habrá lugar a la nulidad de actuaciones cuando resulte existente un acta suficiente y sea posible, por ello, extraer de la misma el contenido de las pruebas de modo que supla a la fallida grabación.

Por lo que respecta al **orden jurisdiccional penal**, ciertamente no es descartable que la cuestión de la nulidad por inexistencia o defectuosa grabación sea suscitada también en el marco de los procesos penales con pretensiones semejantes a las formuladas en estos otros órdenes jurisdiccionales, pero, lógicamente, los peculiares perfiles de los principios y

garantías del enjuiciamiento criminal obligarán a un análisis incluso más casuístico que se acomode al caso concreto, y ello teniendo muy en cuenta la trascendencia real que en el sistema penal pueden tener dichas grabaciones desde la perspectiva de los principios de inmediación y contradicción, pero la cuestión sin duda más importante es la que trataremos con detenimiento en el epígrafe siguiente.

### **III.- DOBLE INSTANCIA, SISTEMA DE RECURSOS Y REVISIÓN DE PRUEBAS PERSONALES EN SEGUNDA INSTANCIA PENAL A PARTIR DEL REGISTRO AUDIOVISUAL DE VISTAS ORALES.**

El valor de las grabaciones de las vistas orales que se producen en el seno de los procedimientos penales ha sido cuestionado incluso ante el Tribunal Constitucional en relación directa con las exigencias de la doble instancia, y más específicamente respecto de la valoración de los medios de prueba de carácter personal por el tribunal u órgano judicial de apelación. Ésta es sin duda la cuestión más importante que se ha planteado en el orden jurisdiccional penal y, dada su trascendencia, merece un tratamiento más detenido.

El Tribunal Constitucional viene destacando que el derecho al recurso forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE y es un derecho de configuración legal, salvo en el ámbito del procedimiento penal, en cuyo marco el derecho al recurso revisorio se integra en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Como es sabido, el motivo de excepción del recurso penal en esta sede proviene de una serie de normas internacionales que recogen el derecho a la doble jurisdicción y que, amén de formar parte del ordenamiento interno español en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, deben inspirar la interpretación de los preceptos constitucionales que recogen los derechos fundamentales y las libertades públicas según prevé el art. 10. 2 CE.

Dichas normas son, fundamentalmente, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) y el art. 2 del Protocolo núm. 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Recordemos que el art. 14.5 PIDCP establece que *«Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley»*, y que el art. 2 del Protocolo núm. 7 CEDH dispone en su apartado primero el principio general de que *«toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior»*; y añade que *«el ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por la ley»*; mientras que en su apartado segundo recoge unas excepciones a la regla general señalando que *«Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución»*.

Adicionalmente, por su importancia en las garantías proclamadas respecto de la segunda instancia, debe tenerse muy presente lo dispuesto en el art. 6.1 CEDH «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]»*, y la jurisprudencia emanada al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

Nuestro sistema de recursos contra sentencias en el orden jurisdiccional penal, particularizado en la regulación de los recursos de apelación y casación, presenta una peculiaridad en buena medida paradójica por cuanto que su diseño y atribución competencial genera que a mayor gravedad del delito se da una menor amplitud de la impugnación y un ámbito más restringido de conocimiento. Se suele contra argumentar que ello se compensa con que a mayor gravedad mayores garantías por la composición colegiada del órgano judicial decisor, pero lo cierto es que no deja de resultar contradictorio que las posibilidades de revisión sean menores.

En efecto, dejando ahora de lado las faltas (que sí disponen de apelación contra las sentencias dictadas), o los delitos enjuiciados por procedimiento de Tribunal de Jurado (sometidos a un peculiar recurso llamado de apelación sólo para determinados casos, y -en su caso- casación), o cometidos por menores (con apelación y en determinados supuestos, casación), piénsese que, centrándonos en el grueso de las infracciones penales más comunes, mientras los delitos castigados con pena de hasta 5 años de prisión, multa o penas de otra naturaleza hasta 10 años son juzgados en primera instancia por los Juzgados Penales y cabe apelación ante la Audiencia Provincial (o si son enjuiciados por los Juzgados Centrales de Instrucción ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), los delitos penados con pena superior a la misma, ya hayan sido llevados por procedimiento abreviado u ordinario son juzgados con pleno conocimiento exclusivamente por las Audiencias Provinciales, y sólo cabe ya un recuso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo.

Con objeto de propiciar una corrección de esta situación y garantizar de un mejor modo la doble instancia, mediante la LO 19/2003, de 23 de diciembre, se modificó la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se vino a establecer una generalización de la apelación penal en la LOPJ, reformando a tales efectos las competencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, a las que se otorgó el conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales (art. 73.3 c), y creando una Sala de Apelación en la Audiencia Nacional para el conocimiento de los recursos de esta clase que establezca la ley contra las resoluciones de la Sala de lo Penal (art. 64 bis). Como es sabido, sin embargo, dichas previsiones no fueron acompañadas de una correlativa modificación de la LECR y no han sido desarrolladas, a pesar de las reformas operadas en ésta por la Ley 13/2009, al parecer postergándolas a lo que establezca una integral reforma sobre la base de un sistema de corte acusatorio en el que la investigación de los delitos se entrega al Ministerio Fiscal.

Así las cosas, cabe plantearse -y de hecho se plantea frecuentemente- ante los tribunales la cuestión sobre si el diseño patrio actualmente vigente de los recursos de

apelación y casación satisface suficientemente las exigencias de las normas internacionales anteriormente reseñadas.

### **III. 1.- La doble instancia penal en la doctrina constitucional. Postulados generales.**

Con carácter general, los pronunciamientos tipo de nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho al recurso penal contra sentencias pueden sintetizarse -como se desprende, por ejemplo, de la STC 120/2009, FJ 2- en los siguientes postulados:

1º) Es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5), a salvo la singularidad del ámbito penal.

2º) En materia penal el legislador sí debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que, como expresó la STC 42/1982, (FJ 3), el PIDCP -de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ex art. 10.2 CE- consagra en su art. 14.5 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

3º) Este mandato, incorporado a nuestro Derecho interno conforme al art. 96.1 CE, obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior, salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un Tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución.

4º) Según el tenor literal del art. 14.5 PIDCP, y conforme a la jurisprudencia del TEDH en relación con los arts. 6.1 CEDH y 2 de su Protocolo núm. 7 (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, Krombach c. Francia; y de 25 de julio de 2002, Papon c. Francia), dicho precepto se debe interpretar, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto" (SSTC 70/2002, FJ 7; 105/2003, FJ 2; y 136/2006, FJ 3 y 120/2009, FJ 2).

5º) La libertad de configuración por el legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, expresamente reconocida en el art. 14.5 PIDCP, permite que en nuestro ordenamiento, tanto el recurso de apelación como el de casación abran al condenado el acceso a un Tribunal superior (SSTC 37/1988, FJ 5; y 123/2005, FJ 6).

6º) Por contra, no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (SSTC 251/2000, FJ 3; 71/2002, FJ 3; y 270/2005, FJ 3), de manera que las acusaciones, al no ostentar un derecho fundamental a la segunda instancia (tb. PTC de 12 de julio de 2004), no dispondrían de tal derecho si no existiera una previsión concreta en su favor establecida por el Legislador, que podría excluir dicha posibilidad sin infringir la norma constitucional.

7º) Sin perjuicio de ello, una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (SSTC 115/2002, FJ 5; y 270/2005, FJ 3). Esta vertiente del art. 24.1 CE no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2).

Dichos postulados generales pueden servirnos de punto de partida, pero para una adecuada y más certera aproximación de la concepción de nuestro Tribunal constitucional sobre el alcance y cumplimiento de las garantías que se desprenden de las normas internacionales y nuestra propia Constitución es necesario profundizar en los pronunciamientos específicos que aquél ha dedicado a los concretos diseños de nuestros recursos de apelación y casación contra sentencias penales.

### **III.2.- La doble instancia y el recurso de apelación penal. Revisibilidad de las sentencias absolutorias y la trascendencia procesal de las grabaciones audiovisuales de las vistas orales.**

La doctrina constitucional, como es sabido, ha pasado por diferentes etapas en la determinación de las posibilidades revisorias que proporciona el recurso de apelación en el proceso penal.

En la jurisprudencia constitucional anterior a la STC 167/2002, de 18 de septiembre, el Tribunal Constitucional concebía la apelación como un *novum iudicium*, con competencia plena del órgano de apelación, dentro de los límites impuestos por la pretensión impugnatoria, para el conocimiento y fallo del litigio. En consonancia con dicha posición sus pronunciamientos giraban en torno a tres proposiciones básicas que podemos encontrar, v.gr., en la STC 120/1999, FJ 3:

- “nada se ha de oponer a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta de la alcanzada en primera instancia (STC 43/1997)”,
- Tanto “por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma” como por lo que se refiere a “la determinación de tales hechos a través de la valoración de

la prueba” el Juez ad quem se halla “en idéntica situación que el Juez a quo” (STC 172/1997, FJ 4.º, y SSTC 102/1994, 120/1994, 272/1994, 157/1995 y 176/1995).

- En consecuencia “puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez a quo” (SSTC 124/1983, 23/1985, 54/1985, 145/1987, 194/1990, 323/1993 y 172/1997)». Resumen: STC 120/1999, FJ 3.

La rectificación de esta posición se produce a raíz de la mencionada STC 167/2002, como consecuencia del tenor de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 CEDH.

Dicha jurisprudencia europea, de la que son emblemáticas, las SSTEDH dictadas en los casos Ekbatani c. Suecia, § 32, de fecha 26 mayo de 1988 y Constantinescu c. Rumanía, de fecha 26 de junio de 2000, fijaron tres aspectos claves que determinaron el cambio del tenor de nuestra doctrina constitucional:

1º) El proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6 CEDH no termina con el fallo de primera instancia.

2º) Para establecer si está justificado prescindir en el trámite de apelación del principio de la audiencia pública en presencia, y con posible defensa, del acusado, *«hay que tener en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el ordenamiento jurídico interno y la tarea que en él desarrolla el tribunal de apelación»*, así como también *«la manera en que los intereses del demandante fueron expuestos y protegidos ante el órgano judicial»*.

3º) La falta de una vista pública en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se haya celebrado en la primera. Así, en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación, o que se refieran exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, se cumplirán los requisitos del artículo 6, aunque el Tribunal de apelación o de casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente.

La rectificación de doctrina fue llevada a cabo, según el propio Tribunal Constitucional, con objeto de adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) a las exigencias del CEDH y, más en concreto, a las de su art. 6.1, según había sido interpretado por la jurisprudencia del TEDH, cumpliendo así el mandato del propio art. 10.2 CE.

El ámbito afectado es el de la valoración o revisión de la prueba y, más concretamente, sobre las posibilidades al respecto del recurso de apelación basado en el error en la apreciación de la prueba (art. 790.2 LECR), específicamente en los supuestos de condenas penales en segunda instancia previa revocación de un pronunciamiento absolutorio y de empeoramiento de la condena inicial.

La cuestión clave giró en torno a la posibilidad de que el órgano de apelación pueda proceder a revisar y corregir la ponderación y valoración que el órgano judicial de instancia hubiera efectuado de las declaraciones de acusados, testigos y, en su caso, peritos, sin verse limitado por los principios de inmediación y contradicción.

La incidencia de la nueva doctrina se centra en la valoración de pruebas personales, declaraciones de acusados y testigos e incluso periciales, en el caso de que los peritos no se limiten a la aportación de específicos conocimientos o máximas de experiencia, sino que extienden su intervención a la apreciación de algún hecho concreto. La doctrina establecida en la STC 167/2002, FFJJ 9 a 11 –e inmediatamente confirmada en la STC 170/2002, de 30 de septiembre–, que ha venido siendo reiterada en numerosas Sentencias posteriores (entre ellas, como más recientes la SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 24/2009, de 26 de enero, FJ 2; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3; 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3; 1/2010, de 11 de enero, FFJJ 2 a 4; 30/2010, de 30 de mayo, FFJJ 3 y 4; 45 y 46/2011, de 11 de abril, FFJJ 3 y 4; 154/2011, de 17 de octubre, FJ 2; y últimamente las SSTC 144/2012, de 2 de julio, FJ 2; y 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5) está trascendida de una serie de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales a partir de los cuales, a mi juicio, cabría la extracción, como más relevantes, de las siguientes conclusiones:

Primera: el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia.

Segunda: el órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal modificación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público y contradictorio (SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2, 164/2007, de 2 julio, FJ 2, y 60/2008, de 26 de mayo, FJ 5). Si lo hace provocará una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE e incluso una añadida vulneración del derecho a la presunción de inocencia (24.2 CE) si los medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas o esenciales pruebas de cargo en las que se fundamente la condena (por todas, SSTC 64/2008, de 26 de mayo, FJ 5; y 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1).

Como advierte la STC 48/2008, de 11 de marzo, FJ 4 "forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen -sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio- y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad". Ya indicó la originaria STC 167/2002 que "en casos de apelación de Sentencias absolutorias, cuando aquella se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción" (FJ 1 in fine).

Tercera: en consecuencia, en los casos indicados, para llevar a cabo la revisión referida, será necesaria la celebración de una vista oral y contradictoria donde realizar un examen directo y personal de acusados, testigos y, en su caso, peritos en marco de un debate contradictorio.

Cuarta: Estas limitaciones, derivadas, como ya se ha expresado, del respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), sin embargo, no son extensibles a cualquier actividad probatoria, de modo que existen otras pruebas (en concreto la documental), cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal, porque, dada su naturaleza, no precisan de inmediación" (SSTC 198/2002, FJ 5; 230/2002, FJ 8; 119/2005, FJ 2; AATC 220/1999, FJ 3; 80/2003, FJ 1; SSTC 170/2005 y 328/2006).

Quinta: Dichas limitaciones, por demás, son aplicables únicamente a las pretensiones de revisión fáctica, pero no son extensibles a la posibilidad de revisión jurídica en segunda instancia, de modo que sólo las cuestiones de hecho son relevantes para establecer si ha de haber o no audiencia pública en la 2ª instancia; y las cuestiones jurídicas no generan la necesidad de audiencia pública (SSTC 209/2003, y 113/2005). Por ello, desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 15, el Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que "no es aplicable la doctrina sentada por la STC 167/2002 a aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica (sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también consideraba acreditados) para cuya resolución no es necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado" (SSTC 113/2005, de 9 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5, y 119/2005, de 9 de mayo, FJ 3, y la tan citada STC 170/2005, de 20 de junio, FJ 2).

Sexta: No cabe reproche constitucional alguno -en términos que sintetiza la STC 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4- en los siguientes supuestos:

- cuando la condena pronunciada en apelación no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o
- cuando, a pesar de darse, la alteración no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente,
- cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano *ad quem* deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, y ello por basarse este proceso deductivo en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación y ser fiscalizable sin mermas de garantías constitucionales.

En definitiva, como puede deducirse de lo dicho, en sede constitucional (en el marco del recurso de amparo) siempre será necesario un examen casuístico de las

circunstancias para poder apreciar si hubo o no vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y, en su caso, de la presunción de inocencia.

La principal problemática aplicativa que generó esta doctrina constitucional -y que aún persiste- es que la necesidad de celebración de vista en apelación para la revaloración de pruebas personales choca con la imprevisión legal al menos en cuanto a la solicitud al respecto por el Ministerio Fiscal y las partes a los efectos analizados. De hecho, aún hoy – incluso tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial- la LECR sólo prevé en su actual art. 790.3 (antes 795) la solicitud por parte del recurrente que formalice su impugnación de la práctica de las pruebas que no pudieron proponerse en la instancia, de las propuestas que fueron indebidamente denegadas (siempre que se hubiera hecho protesta); y de las admitidas que no pudieron practicarse por causa no imputable a la parte. Muchos órganos judiciales se niegan de hecho a las solicitudes del Fiscal y de las acusaciones particular o popular alegando que acceder a la petición de vista fuera de estos casos resultaría *contra legem* por colisionar con la inexistencia de una previsión legal que lo posibilite.

La doctrina constitucional, sin embargo, posibilita una interpretación constitucional habilitadora de una lectura acomodada a las garantías del debido proceso sobre la base de lo dispuesto en el art. 791.1 LECR, que admite acordar la celebración de vista, de oficio o a petición de parte, cuando la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada. Incluso el Tribunal Constitucional distingue (ATC 18/2010, de 8 de febrero) entre el cauce de proposición de vista por la parte, que será el de la doctrina de la STC 167/2002 y jurisprudencia concordante cuando se trate de promover la revisión valorativa de pruebas personales (bien entendido que "en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que acudió pudiera satisfacer su pretensión" (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3; y 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3), y el del 790.3 cuando se trate de nuevas pruebas que no pudieron proponerse en la instancia, que fueron propuestas pero se denegaron indebidamente y fueron protestadas, y la admitidas no practicadas por causas no imputables a la parte. Aun sin proposición de parte de determinadas pruebas se ha sugerido doctrinalmente la posibilidad de aplicación de lo dispuesto para la primera instancia en el art. 729.2 LECR conforme al cual podrán practicarse "*las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación*".

*Trascendencia valorativa del visionado de las grabaciones que se efectúan de las vistas orales celebradas en la primera instancia.*

Como posible solución a las dificultades que genera la concreta regulación legal se ha suscitado la cuestión sobre si el visionado de la grabación del acto del juicio oral puede ofrecer al órgano judicial que conoce de la apelación, por sí solo, las garantías exigibles para revocar la sentencia de instancia sobre la base de una valoración diferente de la prueba

personal que se ha practicado. Sobre dicha cuestión cabe plantearse la incidencia de las disposiciones sobre los registros audiovisuales que contiene la Ley 13/2009, que ya hemos visto que generalizó y ha extendido al orden jurisdiccional penal el contenido del art. 147 LEC concretamente en el art. 743 LECR que dispone lo siguiente:

*“1. El desarrollo de las sesiones del juicio oral se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen. El Secretario Judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación. Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales.*

*2. Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario Judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del Secretario Judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el Secretario Judicial, atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen, supuesto en el cual el Secretario Judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el apartado siguiente.*

*3. Si los mecanismos de garantía previstos en el apartado anterior no se pudiesen utilizar el Secretario Judicial deberá consignar en el acta, al menos, los siguientes datos: número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.*

*4. Cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el Secretario Judicial extenderá acta de cada sesión, recogiendo en ella, con la extensión y detalle necesarios, el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.*

*5. El acta prevista en los apartados 3 y 4 de este artículo, se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación carezca de medios informáticos. En estos casos, al terminar la sesión el Secretario Judicial leerá el acta, haciendo en ella las rectificaciones que las partes reclamen, si las estima procedentes. Este acta se firmará por el Presidente y miembros del Tribunal, por el Fiscal y por los defensores de las partes.”*

Es en este contexto en el que se ha suscitado la trascendencia valorativa del visionado de la grabación del acto del juicio oral por el órgano de apelación en torno a la cuestión clave de si el visionado de la grabación del acto del juicio oral puede ofrecer al

órgano judicial que conoce de la apelación la inmediación exigible para revocar la sentencia de instancia sobre la base de una valoración diferente de la prueba personal que se ha practicado.

Pues bien, desde la perspectiva constitucional debe contestarse negativamente a la posibilidad de entender que el visionado de la grabación del acto del juicio oral pudiera ofrecer al órgano judicial que conoce de la apelación, por sí solo, las garantías exigibles para revocar la sentencia de instancia sobre la base de una valoración diferente de la prueba personal practicada ante el órgano judicial a quo.

Tanto la **STC 120/2009**, en sus FFJJ 6 y 7, como la **STC 2/10**, de 11 de enero, expresamente se plantearon si las garantías de inmediación y contradicción habían quedado colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia.

En los casos subyacentes, las Audiencias Provinciales entendieron que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaban facultadas para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez a quo había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedieron a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluyó que las Salas quedaron privadas de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal -desde el prisma de la credibilidad de los declarantes- al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado los órganos judiciales de apelación dicho límite, se entendió vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. Para ello el Tribunal Constitucional se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen "directo y personal" del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una "nueva audiencia" en presencia de los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, caso Ekbatani c. Suecia, § 32; de 29 de octubre de 1991, caso Helmers c. Suecia, §§ 36, 37 y 39; de 29 de octubre de 1991, caso Jan-Åke Andersson c. Suecia, § 28; de 29 de octubre de 1991, caso Fejde c. Suecia, § 32; de 9 de julio de 2002, caso P.K. c. Finlandia; de 9 de marzo de 2004, caso Pitkänen c. Finlandia, § 58; de 6 de julio de 2004, caso Dondarini c. San Marino, § 27; de 5 de octubre de 2006, caso Viola c. Italia, § 50; y de 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64), considerando que con ello se alude a una actividad procesal que ha de insertarse en la segunda instancia y que se identifica con una vista o audiencia, pública y contradictoria, en la que se realice el examen "directo y personal" -esto es, con inmediación- de las personas cuya declaración va a ser objeto de nueva valoración.

Este examen "personal y directo" implica **la concurrencia temporo-espacial de quien declara y ante quien se declara, pues la garantía constitucional estriba tanto en que quien juzga tenga ante sí a quien declara como en que el declarante pueda dirigirse a quien está llamado a valorar sus manifestaciones.**

Ambas sentencias del Tribunal Constitucional (120/2009 y 2/2010) admiten la posibilidad de incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, pero siempre en el marco de una vista o audiencia pública contradictoria y en dos supuestos:

- primero, cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce (y uno de los modos es mediante el visionado de la grabación audiovisual), en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración; y,
- segundo, en caso de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente (como es la grabación audiovisual) que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador.

En el mismo sentido, negando la suficiencia del visionado de la cinta de video donde fue reproducido el juicio oral que había bastado a la Audiencia Provincial para entender respetados los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia, la **STC 30/2010**, de 30 de mayo, en sus FFJJ 3 y 4, acaba señalando que si bien la Audiencia Provincial entendió que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en dicho juicio, sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de realizar esta valoración "*al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas*".

Sin embargo la STS (Sala 2ª) nº 978/2010, de 30 de diciembre, en su FJ 2, a lo largo de diversos puntos viene a sostener, aunque lo hace en referencia al recurso de casación, que "la grabación del juicio oral...suple la inmediación y satisface la contradicción" (FJ 2, apartado 24 in fine) y que "es factible utilizar la grabación del juicio oral celebrado en primera y única instancia, para examinar, con todas las garantías, las declaraciones de los acusados, testigos, peritos, así como todas las incidencias que han sucedido en el Juicio oral" (FJ 2, apartado 25). Ello tras haber señalado antes que han accedido al proceso penal las nuevas tecnologías, que en las declaraciones por videoconferencia, según unánime doctrina de la Sala, la audición y la visión de la persona que declara, suple y sustituye, en igualdad de circunstancias, la inmediación física del declarante, y que "la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, ha modificado la redacción del artículo 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al admitir la posibilidad de solicitar, en el recurso de Apelación, la reproducción de la prueba que se deriva de la grabación íntegra del acto del juicio oral. Dicha previsión debe extenderse también a los recursos de casación que configuran, como se ha dicho, una segunda instancia". Y en base a todo ello condena a unos policías municipales que habían sido absueltos en la instancia por la Audiencia Provincial del delito de lesiones infringidas a un detenido por el que habían sido acusados originariamente.

Dicha posición, sin embargo, no parece ir en consonancia con las exigencias que marca la doctrina constitucional anteriormente expuesta y de hecho las infringe manifiestamente.

En realidad la nueva redacción del art. 791 LECR únicamente establece lo siguiente:

*“1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba o reproducción de la grabada, el Tribunal resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y acordará, en su caso, que el Secretario Judicial señale día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.*

*2. El Secretario Judicial señalará la vista dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. La víctima deberá ser informada por el Secretario Judicial, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención.*

*La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba y por la reproducción de las grabaciones si hay lugar a ella. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.*

*3. En cuanto se refiere a la grabación de la vista y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el art. 743.”*

De este contenido en absoluto entiendo que quepa deducir, como afirma la STS 978/2010, que ello permita solicitar la *“reproducción de la prueba que se deriva de la grabación íntegra del acto del juicio oral”*. De hecho, el propio precepto distingue entre *“práctica de la prueba”* y *“reproducción de grabaciones”*, y lo regulado debe ser entendido teniendo muy en cuenta la interpretación sostenida por nuestro Tribunal Constitucional en las reseñadas SSTC 120/2009, 2/10 y 30/10 (está última de fecha -30 de mayo de 2010- posterior incluso a la entrada en vigor de la Ley 13/2009 el día 4 del mismo mes y año), de modo que a la pregunta de si es posible incorporar a la segunda instancia el contenido de la grabación audiovisual, habría que contestar –positivamente- que sí, pero siempre con dos condiciones: primera, en el marco de una vista o audiencia pública contradictoria y SÓLO en dos supuestos, los explicitados en aquellas sentencias constitucionales, esto es (ha de repetirse), uno: cuando la declaración prestada en el juicio oral se reproduce (y uno de los modos es mediante el visionado de la grabación audiovisual), en presencia de quien la realizó, y éste es interrogado sobre el contenido de aquella declaración; y, dos, en caso de imposibilidad de que el declarante acudiera a la vista de apelación cuando su contenido pueda ser introducido oralmente en la segunda instancia a través de la lectura del acta correspondiente, o a través de los interrogatorios procedentes, o de otro modo suficiente (como es la grabación audiovisual) que posibilite que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el juez o tribunal sentenciador.

En definitiva, la conclusión no puede ser otra que la de que la posición de la STS 978/2010, entendida radicalmente, no es conforme con las exigencias que marca la doctrina constitucional anteriormente expuesta si lo pretendido es condenar tras absolver o empeorar la condena, a no ser que la reproducción de lo grabado tenga lugar en el marco de una vista

o audiencia pública y contradictoria en segunda instancia, y en los dos supuestos marcados por la doctrina constitucional.

En los demás órdenes jurisdiccionales, la cuestión de la trascendencia de los registros audiovisuales puede mantenerse en otras coordenadas porque no rigen con la misma fuerza y contenido sustancial las tan mentadas exigencias exclusivamente propias del proceso penal.

#### **IV.- CONCLUSIÓN.**

La grabación de vistas, audiencias y comparecencias proporciona un indudable valor añadido a nuestros procesos judiciales que ha sido reconocido a nivel legislativo y jurisdiccional constituyéndose como un específico elemento de modernización de nuestra Administración de Justicia y de mayor garantía para los justiciables.

La cuestión es si realmente todas las utilidades que dichas grabaciones pueden aportar como valor añadido están siendo aprovechadas realmente en todos los órdenes jurisdiccionales.

Lo que es deseable es que el Legislador asuma de una vez su responsabilidad y dote al proceso penal español de una moderna regulación que acometa y resuelva la problemática aplicativa que se da en la práctica y a la que nos hemos venido refiriendo. Sería esencial una reforma integral del proceso penal, desde luego, pero si la confluencia política no es posible al respecto, lo que resulta inaplazable es resolver la ausencia de regulación que nuestro sistema ofrece en muchas parcelas y, entre ellas, la materia que ha sido objeto de la presente ponencia. La suplencia legislativa que ejerce el Tribunal Constitucional por inacción inexcusable del Legislador es susceptible de generar situaciones prácticas en las que los ciudadanos se someten al albur de criterios judiciales dispares que se ubican extramuros de una mínima uniformidad y seguridad jurídica.

Finalmente decir que, centrados en el orden penal, si bien no existe un derecho fundamental de las acusaciones derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (SSTC 251/2000, FJ 3; 71/2002, FJ 3; y 270/2005, FJ 3), e incluso se haya dicho que de la doctrina emanada de la STC 167/2002 no se deduce un supuesto derecho de las acusaciones a proponer y practicar prueba en segunda instancia para lograr la condena del acusado que no obtuvieron en la primera, la erradicación del recurso de apelación o casación de las acusaciones respecto de las sentencias absolutorias supondría una involución en la protección de los derechos de las víctimas. Y la víctima, no se olvide, amén de puros derechos de contenido reparatorio y económico, tiene “derecho a la Verdad” y a que “se haga Justicia”.

El proceso penal moderno, incluso el más adversarial o de corte acusatorio, que se dibuja en los más recientes y modernos Códigos Procesales Penales reformados en Derecho Comparado, presenta una preocupación creciente por los derechos de las víctimas que se proclama -ya sin reparos- trascienden de los aspectos puramente económicos de reparación

e indemnización. Si bien durante algún tiempo el delito se entendió como lesión al Estado y el conflicto penal se concibió como una lucha entre los representantes estatales (Policía, Fiscal, Juez) contra el trasgresor de los valores de la sociedad, preocupándose los procesos liberales por la protección al imputado, con abandono de la víctima, desde la década de los 70 del S. XX se comienza a reivindicar el papel de la víctima en el proceso penal y, por aportaciones de la victimología, se evoluciona hacia la trascendencia de la triada subjetiva procesal Estado-acusado-víctima.

A mayor modernidad del CPP, mayor relevancia del papel de la víctima como interviniente procesal –incluso al margen de su constitución como acusador- y su relevancia como co-determinador de la decisión final del proceso. Se debe pensar más en el ciudadano como víctima que en la comodidad o conveniencia de los órganos judiciales y demás operadores jurídicos. Sin duda, eliminando la posibilidad de recurrir las sentencias absolutorias se facilitarían la labor de los tribunales de apelación y casación y se alivia su carga de trabajo. Sin embargo, las exigencias de control sobre la actividad y el criterio judicial se resquebrajarían sensiblemente al no poder someter a un control externo al órgano decisor; y donde no hay control se enseorea el descontrol y la arbitrariedad.