

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el indicado Juzgado de lo Penal se dictó Sentencia el día 24 de noviembre de 2016 por la Ilma. Sra. Magistrada-juez Dña. Nieves Fresneda Bello que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS :

"ÚNICO.- Resulta probado y así se declara que el día 8 de julio de 2014, sobre las 23 horas, el acusado Cosme mantuvo una discusión con su entonces pareja sentimental Emilia, en el interior de la habitación del hotel Ciudad de Córdoba, ubicado en la Avda. de Cádiz de la localidad de Córdoba, donde se encontraban alojados, en el curso de la cual, con ánimo de atentar contra la integridad física de aquella, la agarró fuertemente de los brazos y del pelo para impedir que aquella abandonara la habitación.

A Consecuencia de la referida agresión, Emilia sufrió lesiones que tardaron 4 días en curar, ninguno de ellos impeditivo para sus tareas habituales, habiendo requerido para su sanidad de una primera asistencia facultativa"

En la Parte Dispositiva de la Sentencia se establece:

" FALLO: debo condenar y condeno a Cosme como autor penalmente responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 10 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación para la tenencia y porte de armas por tiempo de dos años y un día y a la prohibición de aproximarse a menos de 500 metros de Emilia, de su domicilio, lugar de trabajo, lugar donde se encuentre o cualquier otro que esta frecuente durante dos años, de conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 57 del Código Penal , así como al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la misma, interpuso contra ella recurso de apelación Cosme, que fue admitido en ambos efectos y tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente art. 795 LECrim -trámite en el que Cosme, Juan Manuel Caloto Carpintero y el Ministerio Fiscal solicitaron la nulidad de la sentencia apelada- elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en esta Audiencia Provincial se formó el correspondiente rollo de apelación, señalándose para la deliberación y resolución del recurso, quedando los autos visto para sentencia.

No ha sido dado a la Sala poder efectuar pronunciamiento sobre los como tal declarados en la sentencia recaída en el PA 462/2015 del Juzgado de lo Penal 35 de Madrid, por en base a lo que se argumentará.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- - Dada cuenta de la imposibilidad de recuperación en su integridad de la grabación del acto del juicio oral correspondiente al PA 462/15 celebrado en el Juzgado de lo Penal 35 de Madrid, indicándose (Oficio 24.03.17 de la Letrada de la Administración de Justicia del referido Juzgado), que sólo han sido recuperados 29 minutos, oídos que han sido el Ministerio Fiscal y resto de partes personadas por la representación de Cosme se interesa la declaración de nulidad de actuaciones vistos los arts. 238.3 LOPJ, 743 LECr y concordantes, alegando producción de indefensión, pudiendo conculcarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.CE.

La representación de Emilia interesa igualmente la declaración de nulidad del juicio oral, ello al objeto de evitar toda indefensión al apelante.

El Ministerio Público, en escrito de 30.03.17, interesa declarar la nulidad del juicio oral y de su sentencia alegando en esencia indefensión para las partes y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

SEGUNDO.- - Dispone el artículo 743 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal :

"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 detalles 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".

Con p.e. SAP 1ª La Coruña 23.06.16 procede recordar que pese a que se utilizaron los medios técnicos dispuestos en la Sala de Vistas para que el acto del juicio se registrara en soporte apto para la grabación y reproducción de la imagen y el sonido, tales medios, como se ha informado, han fallado, de forma que la grabación del juicio no lo ha sido íntegra, ello sin que conste levantada acta escrita de la sesión por la Letrada de la Administración de Justicia.

Dispone el art. 238 LOPJ : Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

1º Cuando se produzcan por o ante Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º Cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

4º Cuando se realicen sin intervención de Abogado, en los casos en que la Ley la establezca como preceptiva.

5º Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del Letrado de la Administración de Justicia.

6º En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.

Es pacífica por reiterada la jurisprudencia que establece que no toda irregularidad u omisión procesal despliega el radical efecto de la nulidad, siendo así que éste únicamente se produce cuando se transgreden las normas que configuran las garantías procesales y además se produce efectiva (art. 240.1 LOPJ), indefensión para la parte, indefensión material y no meramente formal, que ha de ser real, efectiva y actual -no potencial o abstracta- colocando a quien la sufre en una situación concreta que le produzca perjuicio, no equiparable a cualquier expectativa de peligro o riesgo. Como declara la STC 217/98, no toda irregularidad procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito (SSTC 205/91, 139/94, 164/96, 198/97, 100/98 y 218/98, SSTs de 22 de marzo de 2011, 28 de junio de 2011, STS de 14 de diciembre de 2007, 22 de abril de 2010). Debemos consignar asimismo que conforme a las Sentencias del Tribunal Constitucional 45/1990, 131/1995 y 1/1996, para entender vulnerada la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE, se exige "que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia"). En suma, no siempre que se produce una infracción de procedimiento procede declarar la nulidad de lo actuado, sino que el Juzgador debe valorar la entidad real del vicio advertido, su incidencia sobre los derechos de las partes y si con ello se ha causado indefensión material o no y sólo cuando el vicio observado sea de tal entidad, podrá decretarse la nulidad, pesando además sobre la parte que la alega, la carga de probar la indefensión o perjuicio real derivado de aquella infracción procesal.

En relación con la nulidad de actuaciones en los supuestos de grabación defectuosa del juicio oral, la cuestión ha sido tratada por distintas Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que contemplan supuestos diversos en que la grabación no se produjo, el soporte se perdió o tenía defectos que dificultaban su visionado o audición (sentencias núm. 857/2009, de 22 de diciembre, 774/2011, de 10 de noviembre, 87/2012, de 20 de febrero, 493/2012, de 26 de julio, o 327/2013, de 13 de mayo); y sistematizando las conclusiones alcanzadas en estas resoluciones, la STS de 8/5/2014 expone, por lo que aquí interesa, las siguientes:

"i) El principio general aplicable en esta materia es la de la conservación del proceso. La nulidad de actuaciones 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.

ii) (...) iii) No toda irregularidad procesal causa por sí misma la nulidad de actuaciones, ya que el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito. Por esta razón la parte debe justificar que la infracción denunciada, que se concreta en la defectuosa documentación del juicio o de la vista mediante su grabación audiovisual, ha supuesto una indefensión material.

iv) Es carga de la parte recurrente precisar en qué consiste la indefensión material provocada por la defectuosa grabación del juicio, en función de datos concretos no recogidos en el acta que documentó el juicio. La defectuosa grabación de las vistas por sí misma no provoca la nulidad de lo actuado."

Con p.e. SAP 2ª Santa Cruz de Tenerife, de 09.10.07, procede igualmente recordar que es reiterada doctrina constitucional la de que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE EDL 1978/3879, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión.

En el presente caso todas las partes intervinientes coinciden en interesar la declaración de nulidad del acto del plenario, en modo tal que la sola referida recuperación de 29 minutos de la grabación impide a la Sala la valoración ad integrum de lo acaecido, máxime considerando que el pronunciamiento recaído y que se recurre lo ha sido condenatorio, ello, es claro, por causa ajena al justiciable, sin que -se reitera- se haya levantado acta escrita, de conformidad con el reseñado art. 743 LECr, habiéndose optado por el sistema de grabación al amparo del art. 788.6 LECr ("En cuanto se refiere a la grabación de las sesiones del juicio oral y a su documentación, serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 743 de la presente Ley"), anomalía que en modo alguno, antes al contrario, es dable considerar revierta en contra del acusado, a la sazón recurrente, ello aun cuando la sentencia haya sido dictada por Juez que presenciara la prueba practicada.

En suma, se ha prescindido de normas esenciales del procedimiento, determinantes de efectiva indefensión, procediendo la declaración de la nulidad del acto del juicio oral, debiendo reponerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su desarrollo, a fin de que por Juez distinto/a se proceda a su celebración y correspondiente dictado de la sentencia, para, tras ello, seguir la causa su curso procesal

CUARTO.- - Se declaran de oficio las costas devengadas en la presente alzada, vistos los arts. 240 LECr y concordantes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que DEBEMOS DECLARAR y DECLARAMOS la nulidad del juicio oral correspondiente al PA 462/2015 en el Juzgado de lo Penal 35 de Madrid, y de la sentencia recaída, debiendo procederse al señalamiento y celebración de nuevo juicio presidido por Juez distinto/a de quien intervino en el referido juicio, a fin de garantizar la imparcialidad objetiva, declarando de oficio las costas del recurso.

Siendo firme esta Sentencia desde esta fecha, por no haber contra ella recurso ordinario, devuélvase la causa original, junto con testimonio de la presente, al Juzgado de procedencia, una vez notificada a las partes, para su ejecución y cumplimiento.

Notifíquese la presente sentencia a las partes personadas, a las que se hará saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo llévense a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370272017100237