



Roj: **STS 2810/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2810**

Id Cendoj: **28079120012017100547**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **1736/2016**

Nº de Resolución: **529/2017**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cádiz, Sección 1ª, 17-09-2015,
STS 2810/2017**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 529/2017

Fecha de sentencia: 11/07/2017

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1736/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz. Sección 1ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IMS

Nota:

Resumen

Nulidad: Defecto en la grabación del juicio: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso al recurso. Acuerdo Pleno no Jurisdiccional de 24 de mayo de 2017.

RECURSO CASACION núm.: 1736/2016

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 529/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Alberto Jorge Barreiro

D^a. Ana María Ferrer García

D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 11 de julio de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación 1736/2016, interpuesto por D. Leonardo , representado por la procuradora D^a. Ana Rayón Castilla, bajo la dirección letrada de D. José Mena Aguado, contra la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1^a Rollo 8/2014). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de 1^a Instancia e Instrucción número 4 de los de El Puerto de Santa María, incoó sumario con el número 1/2013 contra D. Leonardo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1^a, rollo 8/2014) que, con fecha 17 de septiembre de 2015, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS: «PRIMERO.- El acusado Leonardo , de 62 años de edad, inició una relación sentimental con María Luisa en el año 2008 (si bien ya la conocía anteriormente) quien residía en Valdelagrana con sus hijos: Aurora y Prudencio ., este último nacido el NUM000 de 1997. En fecha no determinada pero en todo caso anterior a diciembre de 2010, contando el menor con 12 años de edad, el acusado, aprovechando los momentos en los que se encontraba a solas con el menor, ya sea en la casa que este compartía con su madre y hermana, ya en la que constituía residencia habitual del procesado (sita en la CALLE000 de la localidad de Jerez de la Frontera) y con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, comenzó una relación sexual con él en la que, desde el primer momento, le realizaba tocamientos en los genitales así como masturbaciones y felaciones mutuas. El menor llegó a penetrar al acusado analmente habiendo intentado éste penetrar al menor al menos una vez sin conseguirlo. El acusado se duchaba con el menor, veía películas de contenido pornográfico con él para proceder a masturbarse mutuamente y le enseñaba fotos y videos de mujeres desnudas. Estas conductas se repitieron en numerosas ocasiones sin poder especificar la cantidad (pero en todo caso en mas de diez ocasiones) hasta el día en que el menor cumplía 15 años; y en más de tres ocasiones antes de que cumpliera los 13 años. El día en que cumplía 15 años el NUM000 de 2012, el acusado le envió un mail con contenido pornográfico y se dirigió al dormitorio del menor; al ver que se estaba masturbando en su dormitorio, el acusado se quedó mirando con la intención clara de satisfacer sus necesidades sexuales. A raíz de lo anterior, el menor reflexionó sobre lo atípico de su relación con el novio de su madre y decidió contarle todo a su padre a pesar de los sentimientos de vergüenza y culpabilidad que le provocaba la situación. Como consecuencia de los hechos, el menor presenta sintomatología significativa con indicadores tales como sentimientos de culpabilidad, vergüenza, dificultades de atención y concentración, pensamiento recurrentes e intrusivos sobre la vivencia del abuso sexual así como irritabilidad, nerviosismo y tensión señalándose como conveniente la inclusión del menor en un programa específico para menores víctimas de violencia sexual. »

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: «Que debemos condenar y condenamos a Leonardo , como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal ya definido, absolviéndole del delito de corrupción de menores al entenderlo incluido en el continuado de abusos sexuales, imponiendo por el primero de los delitos las penas de, NUEVE AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximarse al menor Prudencio ., su domicilio, centro escolar, y cualquier otro lugar en que se encuentre, así como comunicarse con él por cualquier medio por un periodo de 18 años, Se condena a que indemnice a Prudencio .en la suma de VEINTE MIL EUROS, en concepto de Responsabilidad Civil, así como al pago de las costas ocasionadas en el procedimiento, incluidas las devengadas por la acusación particular »

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y precepto constitucional, por la representación de D. Leonardo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente D. Leonardo se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:** **1º.-** Por infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE , en relación al artículo 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 852 LECrim . **2º.-** Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE , en relación al artículo 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 852 LECrim . **3º.-** Por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un



proceso con todas las garantías del artículo 24 CE y el artículo 120.3 CE , en relación con el artículo 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 852 LECrim .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 13 de junio de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia el 17 de septiembre de 2015 por la que condenó a D. Leonardo como autor de un delito continuado de abuso sexual del que fue acusado, a la pena de nueve años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la prohibición de aproximarse al menor Prudencio ., su domicilio, centro escolar, y cualquier otro lugar en que se encuentre, así como comunicarse con él por cualquier medio por un periodo de 18 años. Se condena a que indemnice a Prudencio . en la suma de veinte mil euros, en concepto de Responsabilidad Civil, así como al pago de las costas ocasionadas en el procedimiento, incluidas las devengadas por la acusación particular.

Contra esta sentencia el condenado interpuso el recurso que pasamos a analizar, al que se opuso el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- Los tres motivos del recurso se plantean, con apoyo en los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE .

Denuncia el recurrente la indefensión que le causa el no poder formalizar el recurso de casación en los términos en que había sido preparado, ante la imposibilidad de consultar el acta que documentaba el juicio en la instancia que, por un deficitario funcionamiento del sistema instalado en la sala donde se celebró, no fue grabado correctamente, en particular al reproducir la declaración de la víctima y la ratificación de los peritos intervinientes, que resultan inaudibles. La única prueba en la que el Tribunal sentenciador basó su fallo condenatorio fue la declaración de la víctima y la pericial que sobre la credibilidad de su testimonio se practicó y ratificó en la vista, lo que le impide cuestionar la suficiencia probatoria y la razonabilidad en la valoración realizada por aquél.

TERCERO.- Respecto a la documentación de las sesiones del juicio oral en el sumario (y también para el procedimiento abreviado por le expresa remisión del artículo 788 LECrim) establece el artículo 743 LECrim : « 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».



La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos, si bien se admite la combinación de grabación con acta escrita cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (artículo 743.3). Cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos (artículo 743.4), que solo podrá ser manuscrita cuando se carezca de aquellos. En cualquier caso, cuando el Secretario (ahora Letrado de la Administración de Justicia) no pueda contar con mecanismos de grabación o los disponibles no puedan garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, el acta ha de ser sometida al control de las partes, que podrán efectuar las reclamaciones que estimen pertinentes, y quienes firmarán la misma junto con el Tribunal.

En este caso, según se deduce de la diligencia de vista que extendió la Secretaria judicial (hoy Letrada de la Administración de Justicia) que remitía al artículo 743.2 LECrim y a lo dispuesto en la instrucción 3/2010 de la Secretaría General de la Administración de Justicia, la Sala donde había de celebrarse el juicio contaba con los medios tecnológicos necesarios para que aquella garantizara la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido. Por ello, anunció al inicio de las sesiones del juicio oral, que éste se grabaría en soporte audiovisual y posteriormente en CD que constituiría a todos los efectos el "Acta de Vista", para acto seguido identificar a los miembros del Tribunal, a la representante del Ministerio Fiscal y al Letrado de la defensa. Lo que no aclara la diligencia es si finalmente quien la suscribió, iba a presenciar la vista o, por el contrario, hacía uso de la facultad que el mencionado precepto de la ley procesal le otorga en esos casos para ausentarse de la misma.

En este momento no contamos con medios para disipar la incógnita toda vez que, por razones que no constan, la reproducción de la grabación obtenida, además de ser inaudible en el apartado correspondiente a la testifical de la víctima y a la pericial sobre credibilidad, no permite, asegurar si la Secretaria estuvo o no presente, aún cuando no conste que concluido el juicio, validara la grabación. En cualquier caso es evidente que el sistema no funcionó adecuadamente. Bien sea porque el mismo falló a lo largo del desarrollo del juicio y éste no quedó adecuadamente registrado, bien porque en el proceso de almacenamiento o culminado éste el archivo se corrompiera, o incluso porque el daño proviniera de una ulterior manipulación del mismo de cara a su reproducción, la conclusión es la misma, la inexistencia de acta que documente en el juicio.

La actual regulación del artículo 743 LECrim responde al diseño que impuso para todos los órdenes jurisdiccionales la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, «de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial», que potenció las competencias procesales de los Secretarios judiciales como cuerpo superior jurídico y moduló su actuación como fedatarios ante los nuevos avances tecnológicos.

Una lógica inteligencia del artículo 743 LECrim legal obliga a concluir, de un lado, que nadie puede refrendar, cualquiera que sea la tecnología accesible, la autenticidad e integridad de una grabación hasta que ésta no ha concluido, de ahí que la validación por el Letrado de la Administración de Justicia debe producirse una vez el acto procesal ha terminado. Y de otro que, por muy avanzado que sea el sistema utilizado, si se pretende garantizar la integridad de lo grabado, es necesario que alguien, bien sea el Letrado de la Administración de Justicia o el personal que le auxilie en esa tarea, controle su adecuado funcionamiento.

La experiencia demuestra que con frecuencia se producen déficits en la captación de imágenes y, sobre todo, de sonido. Un eficaz control durante el desarrollo de las sesiones permitiría detectar el problema y buscar la solución, tecnológica de ser de esta naturaleza la incidencia, o incluso de buenas prácticas (no es extraño que las deficiencias de sonido deriven de un inadecuado uso por parte de los intervinientes en el juicio de los micrófonos). En definitiva, contar con un sistema que no funciona adecuadamente es tanto como carecer de él, por lo que una vez constatada la imposibilidad de obtener una grabación de calidad, el escenario demanda la presencia del Letrado de la Administración de Justicia de acuerdo con lo previsto en los números 3 y 4 del citado artículo 743 LECrim y el correspondiente acta escrita.

El funcionamiento de la Administración de Justicia no puede sustraerse del entorno en el que actúa y de sus avances, incluidos los tecnológicos. Solo desde esa óptica puede hablarse de una justicia moderna y de calidad. También resulta lógico que esos avances tengan su reflejo en el proceso en la medida en que puedan compatibilizarse con los derechos que el mismo concita.

La videograbación es un privilegiado método de documentación en cuanto permite un reflejo fidedigno del desarrollo del acto procesal de que se trate. Ahora bien, a esa incuestionable ventaja se suman también ciertos inconvenientes. Los más relevantes los que afectan a los derechos de las partes, como los que, motivados por fallos técnicos o por un inadecuado control humano sobre el sistema, frustran su propia finalidad (ese es nuestro caso). Ahora bien no son los únicos, la reproducción videográfica implica que cualquier revisión de lo realizado en un acto procesal conlleve idéntica inversión temporal que el desarrollo del acto que documenta, lo que desemboca en una ralentización del trabajo de jueces y tribunales, incluido el de esta Sala de casación cuando necesita consultar el correspondiente acta de juicio u otras actuaciones que no están documentadas



por escrito. La ausencia, además, de adecuados mecanismos de indexación agravan las consecuencias cuando en la mayoría de los casos obligan a costosas labores de búsqueda y localización.

Todo avance conlleva dificultades de implantación que es necesario afrontar con perspectiva de futuro. Ahora bien, cuando se ven afectados derechos fundamentales de los ciudadanos como el de tutela judicial efectiva en sus distintas vertientes, o la garantía de presunción de inocencia, es imprescindible minimizar los riesgos hasta prácticamente erradicarlos. De ahí que, en tanto en cuanto no sea posible garantizar un óptimo funcionamiento del sistema que reduzca los errores a lo meramente anecdótico, es necesario intensificar las cautelas y compatibilizar los nuevos sistemas con otros que, sin frenar el avance tecnológico, garanticen los fines del proceso.

En este contexto, el pasado 24 de mayo, esta Sala reunida en pleno no jurisdiccional adoptó el siguiente acuerdo : «1. El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia. Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim , la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso. 2. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución».

CUARTO.- en el supuesto que nos ocupa, cualquiera que fuera la razón por la que el sistema no funcionó correctamente, la consecuencia es que imposibilitó la grabación adecuada de la vista o al menos su reproducción, de tal manera que tal acto no quedó debidamente documentado de ninguna manera, ni por soporte audiovisual ni por acta escrita. Ignoramos la razón de ese déficit, desde luego no imputable al recurrente, lo que nos obliga a analizar su incidencia en el derecho que se dice vulnerado.

El Tribunal Constitucional abordó la cuestión de las deficiencias de la grabación audiovisual en la STC 55/2015 de 16 de marzo . En el recurso de amparo al que dio respuesta se alegaba como motivo la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en dos de sus vertientes, la del derecho a no padecer indefensión y la de acceso a la doble instancia penal, atribuidas ambas a la falta de grabación de una de las sesiones de la vista oral en la que se practicó prueba pericial que el recurrente calificaba de descargo y relevante, y no pudo utilizar en apelación.

La STC 55/2015 de 16 de marzo proyectó la relevancia de la documentación de la vista en relación a la presunción de inocencia y a otras garantías del proceso y señaló: « La doctrina de este Tribunal ha resaltado la importancia de la documentación de la vista en orden a la verificación de la existencia de prueba de cargo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE): "El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del correspondiente acta, levantada por el Secretario judicial que ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente" (SSTC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 3 ; 118/1991, de 23 de mayo, FJ 3 ; 140/1991, de 20 de junio, FJ 3 ; 82/1992, de 28 de mayo, FJ 3 , y 92/2006, de 27 de marzo , FJ 3. En el mismo sentido, STC 22/2013, de 31 de enero , FJ 4). Esta doctrina, dictada a propósito del acta escrita, resulta predicable sin dificultad dialéctica alguna a la grabación audiovisual como soporte de documentación." «También la actividad de documentación de la vista reviste importancia para comprobar el cumplimiento de otras garantías del proceso penal, ya no vinculadas al resultado de la prueba sino a la alegación de las pretensiones deducidas. Así, el derecho a la correlación entre acusación y defensa respecto de la Sentencia, en cuanto al enjuiciamiento del hecho punible (principio acusatorio, art. 24.2 CE), y el deber de congruencia de la Sentencia (derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE) en cuanto al objeto de la acción civil acumulada, donde este Tribunal ha dicho por ejemplo: "Como acertadamente le indicó al recurrente el Juez de apelación, y en este mismo sentido se han pronunciado el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, ha de estarse a lo que el acta dice y a lo que no dice (STC 118/1991 , por todas), y en este caso no dice que, en el acto del juicio, tuvieran lugar las alegaciones que ahora pretende hacer valer" (STC 307/1993, de 25 de octubre , FJ 2).»

No obstante también afirmó que «la documentación de las actuaciones no constituye un requisito de validez de los actos procesales, sino la prueba auténtica que permite constatar la realidad material de lo actuado. Ello podría afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales. Esta doctrina ya se dejó sentada en la STC 4/2004, de 14 de enero , FJ 5, que declaró que la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso».



Corresponde por tanto atender a las circunstancias del caso planteado por el recurrente, con el fin de constatar si se produce la indefensión que éste alega. Y en aquel supuesto concreto rechazó el amparo porque entendió que el déficit de documentación no comportó merma del derecho de defensa, en cuanto que la prueba pericial que no se grabó, no afectó a los hechos que sustentaron la condena del solicitante, que quedaron constatados a través de otros medios probatorios cuya valoración no se vio afectada por aquella.

Por su parte esta Sala de casación también se ha pronunciado sobre la cuestión. Ya dijo la STS de 26 de abril de 1989 que «la sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula». Más recientemente, tras la reforma del artículo 743 LECrim por la Ley 13/2009 y el uso generalizado de los sistemas de la grabación de imagen y sonido en los tribunales, han sido varios los casos en los que las deficiencias de distinta índole en los soportes que documentaban el acto han sido motivo de queja casacional. A partir de la idea nuclear de que el acta del juicio oral es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar a cabo el control externo que nos compete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e inmediación, o del derecho a la tutela judicial efectiva, una de cuyas facetas es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales, ha entendido esta Sala, en línea con el Tribunal Constitucional, que no toda infracción de la normas procesales o irregularidad en su aplicación provoca indefensión material con relevancia constitucional. Es decir, privación real y efectiva del derecho de defensa.

De este manera, en supuestos en que por fallos en el sistema no ha sido posible contar con una reproducción completa y audible del desenlace del juicio, ha descartado tal tipo de indefensión cuando las partes tuvieron a su disposición un acta levantada por el Secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia (SSTS 1001/2009 de 1 de octubre ; 707/2010 de 7 de julio ; 46/2012 de 25 de enero ; STS 503/2012 de 5 de junio ; 26/2015 de 26 de enero ; 711/2016 de 21 de septiembre o 41/2017 de 31 de enero). La STS 464/2015 de 7 de julio que resolvió en un supuesto en el que no existía acta del Secretario respecto a la parte del juicio que no había sido grabada (la declaración del acusado y las de dos policías), rechazó la trascendencia constitucional de tal defecto en cuanto que la condena se había basado en otras pruebas. Y en sentido similar, la STS 1000/2016 de 17 de enero , también en un supuesto en el que se carecía de grabación completa y de acta del Letrado de la Administración de Justicia, descartó una indefensión sustantiva porque ni el recurrente expresó que el contenido concreto de las prueba hubiera sido tergiversado en la valoración motivacional que hizo de ellas el Tribunal, ni sostuvo que las declaraciones abarcaran extremos esenciales no contemplados por el Tribunal.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa la Sala sentenciadora basó su convicción respecto a los hechos que declaró probados y la culpabilidad del acusado en el testimonio de la víctima. Lo analizó desde el triple prisma de la persistencia en la incriminación, verosimilitud y ausencia de incredibilidad subjetiva. Calificó dicho testimonio de « fiable y sólido, florido en detalles espontáneos, coherente en todo momento, sin contradicciones groseras o inexplicables, sin dar la sensación en ningún momento de mecanicidad en la narración del relato, ofreciendo un testimonio potente».

Consideró el mismo de suficiente contenido incriminatorio en cuanto al alcance de los hechos enjuiciados. Y así afirmó «El menor ha relatado cómo tenía una magnífica relación con el acusado, quien iba a su casa con frecuencia, y que algunas veces se quedaban a solas, advirtiendo como primero empezaron con juegos y tocamientos, para luego masturbarse y cometer felaciones de manera mutua y recíprocas, todo ello a finales del año 2009, es decir cuando el menor aún vivía en Valdelagrana, contando con 12 años de edad. Distingue perfectamente como la vez que se hizo penetrar analmente el acusado, y cuando intentó penetrarlo a él, fue ya con posterioridad en el domicilio de aquel, ya en Jerez de la Frontera. Queremos decir con esto, que la Sala no tiene duda alguna, de que cuando se producían las felaciones o penetraciones bucales el menor en modo alguno había cumplido 13 años de edad.»

Descartó el Tribunal un móvil espurio, destacó la persistencia del testimonio del joven respecto del que afirmó « ha declarado cuatro veces sin la más mínima contradicción», y lo relacionó con la versión del acusado. Y así señaló respecto a ésta «no es precisamente clarificadora, no enturbia lo que manifiesta el menor, pues ha admitido incluso que el menor deambulaba desnudo por la casa alguna que otra vez, y que visionaban material pornográfico juntos, siendo harto significativo que le enviara por email material de esa naturaleza cuando cumplió los 15 años.»

Finalmente aludió a la pericial sobre credibilidad del testimonio del menor y señaló «el Tribunal teniendo a la vista el informe que emiten las psicólogas de la Fundación Márgenes y Vínculos de la Junta de Andalucía, no puede sino reafirmarse en su convencimiento, pues dichas profesionales, califican la versión del menor como de "creíble", adjetivo que responde al grado de fiabilidad máximo.



Se ha intentado sin éxito poner en tela de juicio la bondad de las técnicas empleadas para llegar a dicha conclusión, incluso hacer ver que las profesionales podrían ignorar alguna circunstancia esencial para mantener las misma, pero ni de las entrevistas, ni de la exhaustiva explicación acerca de la metodología empleada, se colige la más mínima duda para entender que la conclusión vertida por los peritos es la correcta.»

El recurrente discrepa de esa valoración y se queja de la imposibilidad de combatir la misma. Según sostiene, fueron muchas las contradicciones en las que incurrió el menor en su declaración, e inconsistente e ilógica la ratificación del dictamen pericial aportado por la acusación, sin poder pormenorizar sus quejas ante la falta de constancia del desarrollo del juicio. Tal situación le aboca, dice textualmente el recurso «a sufrir la pena de 9 años de prisión por unos delitos no cometidos por él, enjuiciados en única instancia (ante la inexistencia de la segunda instancia en nuestro sistema procesal penal), y sin que exista rastro o evidencia de lo sustanciado en el acto del juicio para poder combatir, cuanto menos, la ausencia probatoria y la falta de razonabilidad en lo que a la interpretación y valoración de la prueba ha realizado el Tribunal *a quo*.»

Y tiene razón el recurrente. Al no constar documentadas las pruebas tomadas en consideración por el Tribunal sentenciador, no puede aquél comprobar el sentido de tales declaraciones, ni las posibles contradicciones, inexactitudes o imprecisiones relevantes, en relación a la primera, o las aclaraciones en cuanto a metodología y conclusiones en la segunda, cuestión ésta sobre la que la sentencia no fue excesivamente explícita. Podrá consultar las declaraciones del menor que obran documentadas en el sumario, pero no confrontarlas con las del plenario. Lo mismo ocurre con la pericial, no existe ahora modo de reproducir las explicaciones de sus autoras sobre el rigor de las técnicas que emplearon, que la sentencia admite que fueron expresamente cuestionadas.

En definitiva, la parte se ha visto imposibilitada por causa ajena a su voluntad para formular un recurso en el que pudiera desarrollar de manera fundada sus discrepancias con el criterio del Tribunal de instancia. Nos encontramos ante un supuesto que rebasa el listón de una indefensión meramente formal o hipotética, para integrar una afectación material de los derechos del acusado, especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva en la faceta que concierne a la posibilidad de acceder de manera efectiva a los recursos previstos en la ley. En definitiva se le ha irrogado indefensión de relevancia constitucional que solo a través de la nulidad reclamada podría resultar subsanada.

A tenor de lo que se ha argumentado en los fundamentos precedentes, procede declarar la nulidad del juicio celebrado ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz. La nulidad que se acuerda conlleva la retroacción de las actuaciones al momento de señalamiento de la vista oral del juicio, debiéndose celebrar un nuevo juicio por un tribunal diferente y cuyo desarrollo quede debidamente documentado.

SEXTO.- Por todo ello, el recurso se va a estimar, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (artículo 901 LECrim)

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por D. Leonardo contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 17 de septiembre 2015 . Y declaramos la nulidad de aquella y del juicio celebrado ante la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, con la correspondiente retroacción de las actuaciones al momento de señalamiento de la vista oral del juicio, debiéndose celebrar un nuevo juicio por un tribunal diferente y cuyo desarrollo quede debidamente documentado.

Se declaran de oficio las costas correspondientes a este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Ana María Ferrer García Juan Saavedra Ruiz