



Roj: **STS 996/2024 - ECLI:ES:TS:2024:996**

Id Cendoj: **28079120012024100153**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2024**

Nº de Recurso: **1531/2022**

Nº de Resolución: **185/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 185/2024

Fecha de sentencia: 29/02/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1531/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2024

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: AGG

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1531/2022

Ponente: Excma. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 185/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 29 de febrero de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 1531/2022 interpuesto, por infracción de precepto constitucional, por **D. Feliciano**, en condición de Acusación Particular, representado por el procurador D. Adrián Díaz Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Javier Antonio González García, contra la sentencia núm. 5/2022, de 11 de enero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Recurso de Apelación núm. 152/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia de 28 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del Procedimiento Sumario núm. 3/2018 del Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona, que absolvió a D. Ildefonso de un delito de abuso sexual, amenazas y un delito leve de lesiones, por los que venía siendo acusados. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Díaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona incoó Procedimiento Sumario con el núm. 3/2018, por delito de abuso sexual, lesiones y amenazas contra D. Ildefonso, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Séptima dictó, en el Procedimiento Ordinario Sumario núm. 11/2019, sentencia el 28 de diciembre, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"SE DECLARA PROBADO:

PRIMERO.- En fecha 8/8/2018, el procesado D. Ildefonso (mayor de edad, de nacionalidad ecuatoriana, provisto de NIE NUM000, en situación administrativa regular en España, sin antecedentes penales) residía en la ciudad de Barcelona, CALLE000, n° NUM001.

En esa fecha, el procesado compartía dicha vivienda con D. Feliciano.

SEGUNDO.- En fecha 14/8/2018, el Sr. Feliciano, fue asistido en el Servicio de Urgencias del Hospital Clínic de la ciudad de Barcelona, tras ser remitido por el EAP Poble Nou, donde fue atendido el día 13/8/2018.

En la exploración llevada a cabo por el Médico Forense se constatan las siguientes lesiones: múltiples excoriaciones de pequeño tamaño a nivel cervical (región lateral derecha e izquierda); en pectoral izquierdo tiene una lesión lineal tipo excoriación de 7 cm de longitud; a nivel dorsal presenta una mínima sufusión hemorrágica en lateral izquierdo junto a cicatriz antigua fruto de una quemadura; y fisura anal a las 10 según reloj, con tacto rectal doloroso.

En dicho Informe también se refiere que el Sr. Feliciano padece una discapacidad del 72%, trastorno límite de personalidad y trastorno de personalidad no filiado, así como hábito tóxico al alcohol y al cannabis.

TERCERO.- No ha quedado acreditado el origen de las lesiones que presentaba el Sr. Feliciano, en el momento de ser atendido en el EAP Poble Nou, y posteriormente, en el Servicio de Urgencias del Hospital Clínic, relatados en Informe médico forense de fecha 14/8/2018."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a D. Ildefonso, de un delito de abuso sexual, un delito intentado de lesiones agravadas, un delito de amenazas y de un delito leve de lesiones, por los que venía siendo acusado, declarándose de oficio las costas procesales."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Feliciano, dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 11 de enero de 2022, en el Rollo de Apelación núm. 152/2021, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Fallamos, en atención a lo expuesto, no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Feliciano contra la sentencia de 28 de diciembre de 2020 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Séptima), cuya resolución confirmamos íntegramente.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional, por la Acusación Particular, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente basa su recurso de casación en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.



SEXTO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, se acordó dar traslado a las partes por término de ocho días a fin de alegar lo que pudiera resultar procedente acerca de la eventual incidencia de la mencionada nueva regulación respecto a la condena impuesta en la sentencia ahora recurrida. El ministerio Fiscal informó que " no habiendo sentencia de condena no cabe ninguna adaptación de aplicación de la LO 10/2022 de 6 de septiembre."

SÉPTIMO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del motivo formulado, impugnándolo subsidiariamente; Evacuado el traslado del art. 882, párrafo segundo de LECrim, por la representación procesal del recurrente, la Sala admitió el recurso de casación, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 28 de febrero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Feliciano formula recurso contra la sentencia núm. 5/2022, de 11 de enero dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Rollo núm. 152/2021, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por aquel contra la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Procedimiento Ordinario núm. 11/2019, declarando de oficio las costas procesales causadas en la alzada.

El único motivo del recurso se deduce al amparo del art. 849.1 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ por vulneración art. 24.1 y 2 que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Señala la defensa del Sr. Feliciano que éste se encontraba personado como Acusación Particular en el procedimiento como víctima de un delito de abuso sexual, habiéndose celebrado el juicio sin su presencia, cuando ésta era la prueba principal. Refiere que el Sr. Feliciano tiene una discapacidad del 72 % y escasos recursos económicos que le impiden tener un teléfono en funcionamiento en todo momento. Continúa exponiendo que el día de la vista (tras dos suspensiones previas no imputables a él), no pudo acudir sin poder avisar de su incomparecencia, por motivos personales relacionados con su incapacidad y ausencia de recursos. Ante ello, el Ministerio Fiscal interesó la celebración del juicio oral con lectura de la declaración vertida por el Sr. Feliciano en sede judicial, a cuya petición se adhirió el Letrado de la Defensa, excepto en cuanto a la lectura de la declaración de la víctima obrante en autos. Por su parte, el recurrente interesó la suspensión del juicio para agotar las posibilidades de localización y citación del Sr. Feliciano. El Tribunal decidió celebrar la vista con la declaración prestada por el Sr. Feliciano en sede judicial, sin perjuicio de trasladar al contenido de la sentencia la valoración acerca de la lectura de dicha declaración. Sin embargo, procedió a absolver al acusado ante la imposibilidad de utilizar la declaración de la víctima prestada en la instrucción de la causa por falta de contradicción, y no haberse obtenido su testimonio en el acto del juicio oral.

Por todo ello entiende que el Tribunal debería haber suspendido la vista de oficio ante la imposibilidad de su celebración sin el testimonio de la víctima y ante la nulidad que se generaba en el procedimiento por la ausencia de práctica de una prueba admitida y necesaria. Añade que ello ha supuesto también la vulneración del derecho del Sr. Feliciano a un procedimiento equitativo, a la vez que deja sin resolver la veracidad de un delito que afecta a la seguridad de la sociedad, entendida en su conjunto y no sólo a las partes implicadas. Del mismo modo estima vulnerado el art. 25.2 b) de Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

En consonancia con ello solicita la nulidad de lo actuado conforme a lo dispuesto en los arts. 238.3º y siguientes de la LOPJ.

SEGUNDO.- 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado reiteradamente que la ausencia de razones consistentes para justificar la no comparecencia de un testigo lesiona las garantías del derecho a un proceso justo y equitativo-vid. STEDH, caso Murtazaliyeva c. Rusia, de 18 de octubre de 2018-

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 392/2018, de 26 de julio, con remisión expresa a las sentencias de esta Sala núm. 111/2010, de 24 de febrero; 629/2011, de 23 de junio; 157/2012, de 7 de marzo; 598/2012, de 5 de julio, "la Constitución entre los derechos que consagra el artículo 24, sitúa el derecho a usar los medios de prueba que resultan pertinentes para su defensa. La conculcación de este derecho, situado en el marco de un derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión. La relación de instrumentalidad existente entre el derecho de la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no es suficiente para que la pretensión de los recurrentes deba aceptarse, pues para que sea así el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si esta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de una indefensión desde la perspectiva constitucional.



Como hemos recordado en reciente STS 292/2018, de 18 de junio, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (sentencia núm. 1661/2000, de 27 de noviembre).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS núm. 136/2000 de 31 de enero). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

En efecto la pertinencia de la prueba -requisito de su admisión no conlleva la necesidad que dice el artículo 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para acordar la suspensión, pues si el Tribunal se considera suficientemente informado para formar un juicio completo sobre los hechos, no debe prescribir medida que, como la suspensión del juicio oral, ocasionaría dilaciones injustificables del proceso (STS 206/1994, de 11 de junio).

Esta Sala exige, para acordar la suspensión, además de los requisitos formales de que la diligencia probatoria que no haya podido celebrarse por denegación de la suspensión hubiese sido solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma, que tal prueba hubiese sido declarada pertinente por el Tribunal y en consecuencia programada procesalmente, que ante la decisión de no suspender se hubiese dejada constancia formal de la protesta, en momento procesal oportuno, con el adecuado reflejo en el acta, siquiera sea de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio que se proponían formular al testigo inasistente con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio; la concurrencia de unos requisitos de fondo, necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba denegada (y a ello equivale la denegación de la suspensión del juicio oral dada la inasistencia de uno o varios testigos):

1º) Sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia.

2º) Sea posible en el sentido de que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal. Y

3º) Su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba.

En la práctica habría que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso."



2. En el supuesto de autos, la prueba testifical, propuesta por el Ministerio Fiscal, por la Acusación Particular y por el Letrado de la Defensa del acusado en la persona de D. Feliciano , era pertinente y fue admitida por el Tribunal. Además, sino la única, constituía la prueba principal del juicio.

En el acto del juicio oral el Sr. Feliciano no compareció.

Conforme señala la Audiencia Provincial, el Ministerio Fiscal interesó la celebración del juicio oral con lectura de la declaración vertida por el Sr. Feliciano en sede judicial, a cuya petición se adhirió el Letrado de la Defensa, excepto en cuanto a la lectura de la declaración de la víctima, obrante en autos. Por su parte, el Letrado de la Acusación Particular solicitó la suspensión del plenario para agotar las posibilidades de localización y citación del Sr. Feliciano .

Es cierto que la defensa no protestó y tampoco consignó las preguntas que iba a formular al testigo incomparecido. Ya hemos visto cómo reiterada jurisprudencia de esta Sala aprecia la necesidad de que se haga constar la protesta por la parte que interesa la suspensión, así como también que consigne los extremos sobre los que versa el interrogatorio al que se iba a someter al testigo que no ha comparecido, para poder apreciar la importancia de su testimonio y la necesidad y conveniencia de su práctica. Sin embargo, esta misma Sala, también tiene declarado (cfr. sentencias de 11 de abril de 1991, 6 de abril y 16 de septiembre de 1992) que esta posible objeción liminar carece de sentido en aquellos supuestos en que, como aquí ocurre, el testigo incomparecido es la presunta víctima del delito, pues en tales casos el sentido posible del interrogatorio se muestra obvio habida cuenta de la postura negativa adoptada por el acusado y las claras imputaciones hechas por el denunciante.

3. Tal y como recoge la sentencia de instancia:

" - Resultó negativa la diligencia de citación al Sr. Feliciano , en el domicilio facilitado por él mismo al Juzgado de Instrucción (folios 79.y 169), sito en Barcelona, Calle DIRECCION000 nº NUM002 , practicada en fecha 2/10/2020.

- A la vista de dicho resultado negativo, en fecha 6/10/2020, se acordó proceder a la averiguación de domicilio, a través del Punto Neutro Judicial, resultando que el domicilio que proporcionó el propio Sr. Feliciano coincidía con el obrante en los archivos de la Dirección General de Tráfico y en la Tesorería General de la Seguridad Social.

- Ese mismo día 6/10/2020, se envía un sms al Sr. Feliciano , en el número de teléfono indicado por él mismo, NUM003 (folio 186), al Juzgado de Instrucción, en fecha 18/1/2019, con el siguiente contenido: "SECCIÓN 7" - AUDIENCIA PROV. BARCELONA: SR. Feliciano , CONTACTE URGENTE CON ESTA SECCIÓN PARA ASISTIR A JUICIO COMO PERJUDICADO. TL. NUM004 "

- Simultáneamente, el día 6/10/2020 se inician actuaciones policiales, dirigidas a la averiguación del domicilio del Sr. Feliciano , con el siguiente resultado: el Sr. Feliciano ya no vive en el domicilio de Calle DIRECCION000 , siendo posible que su paradero se encuentre por PASEO000 , a la altura del nº NUM005 (café- bar).

En el acto del juicio oral, el Letrado de la Acusación Particular sostenida por D. Feliciano pone de manifiesto que el Sr. Feliciano le facilitó un nuevo número de teléfono en agosto y que le comunicó la fecha de celebración del juicio oral, prevista para el día 16/10/2020; asimismo, que en el día de ayer, 15/10/2020, remitió a su cliente un mensaje de whatsapp al que no le ha respondido".

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia, tras visualizar el juicio, puso de manifiesto que "sobre la introducción de la declaración del denunciante las partes coinciden en que, al no haber sido una declaración contradictoria no puede valorarse.

Precisamente el presidente del tribunal lo advierte en el minuto 04.30' del video, en el que indica que no se garantiza que se vaya a valorar esa prueba porque ha de comprobarse, en cuanto a que cumplan los requisitos de validez para ello".

Igualmente, hace referencia a una prueba documental, pese a que no fue admitida, por extemporánea, por el Tribunal Superior de Justicia, consistente en "un impreso en el que venían indicadas diversas asistencias al denunciante por el CAP de Poble Nou, pero de las que como ya se dijo no se desprende ningún ingreso que justificara la imposibilidad de asistir a juicio, habiendo obtenido el alta médica".

De su contenido debe destacarse que el Sr. Feliciano fue asistido el día 15 de octubre de 2020 en el servicio de Medicina Familiar y Comunitaria por traumatismo craneal. Se refiere que el paciente, según relata, "acude por indicación de La Guardia Urbana esta mañana que le despierta después de dos días durmiendo, hoy no ha comido nada pero ha tomado una cerveza a la hora de comer. Explica TCE con barra parte de FOP con pérdida de consciencia, desde entonces aumento de somnolencia. Niega vómitos o náuseas. Niega a otros síntomas. El paciente se niega a derivación a Hospital."



Se hace además constar en el antecedente de hecho primero de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que precedieron dos señalamientos que tuvieron que ser suspendidos. El primero señalado el día 15/1/2020, por coincidencia con otro señalamiento previo para el Letrado de la Acusación Particular, y, el segundo, el día 19/5/2020, a causa de la declaración del estado de alarma, mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Los hechos acontecieron en agosto de 2018 y el juicio finalmente se celebró el día 16 de octubre de 2020.

Y en el hecho probado recoge que "el Sr. Feliciano padece una discapacidad del 72%, trastorno límite de personalidad y trastorno de personalidad no filiado, así como hábito tóxico al alcohol y al cannabis".

4. No hay duda de que la discapacidad y la condición de indigente del Sr. Feliciano dificultan mucho lograr su localización y citación a juicio. Pero ello no puede justificar que no se proceda a agotar todos los medios posibles para su localización, máxime cuando, además de la presunta víctima, es la prueba principal del proceso.

Al tiempo de los hechos, el Sr. Feliciano vivía con el acusado. Tras la denuncia, lógicamente pasó a residir en otro domicilio, lo que no implica que fuera su domicilio definitivo, como después se ha podido constatar.

Los dos primeros señalamientos fueron suspendidos por causas ajenas al Sr. Feliciano .

Desde la Audiencia Provincial se realizaron gestiones para su localización una vez que no fue habido en el domicilio que había facilitado. Pero estas no fueron completadas. La policía puso en conocimiento del Tribunal que el Sr. Feliciano ya no vivía en la calle DIRECCION000 , pudiendo encontrarse en el PASEO000 . Sin embargo ya no se intentó su citación en la citada dirección. Igualmente, su Letrado puso en conocimiento del Tribunal nuevas circunstancias que podían ayudar a su localización, como la existencia de un nuevo número de teléfono y el hecho de haber sido asistido en un centro de salud público en Poble Nou. También aportó determinados partes de asistencias que le habían sido prestadas en fechas cercanas al juicio (concretamente, una de ellas el día antes del juicio, cuyo motivo ya ha sido más arriba explicado) que pone de manifiesto determinada conexión con el servicio de salud pública a través del cual se podía también lograr su localización.

Asimismo se conoció cierta posibilidad de conexión a través de su Letrado, al que podía haberse encomendado la realización de determinadas gestiones a la vista de las manifestaciones realizadas por el mismo en el acto del juicio oral.

Nada de esto se realizó.

Nos encontramos además ante una persona vulnerable, asistido en distintos centros hospitalarios en los días cercanos al juicio, uno de ellos precisamente el día antes del juicio, y seguramente indigente. A ello se añade otra circunstancia que puede constituir un obstáculo adicional que limita la posibilidad de hacer valer sus derechos por sí mismo de manera eficaz y en condiciones de igualdad. Se encuentra recogida en el hecho probado, en el cual se describe que el Sr. Feliciano padece una discapacidad del 72%, trastorno límite de personalidad y trastorno de personalidad no filiado, así como hábito tóxico al alcohol y al cannabis.

Por ello debieron arbitrarse medidas de protección, como las previstas en los arts. 4, 23, 26 y 28 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

Debemos recordar también que el art. 13.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 prevé que "Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares".

En consonancia con ello, el art 7 bis LEC, de carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 4 LEC), establece los ajustes que deben realizarse para personas con discapacidad, apelando a la realización de las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad y a que les sean facilitados los apoyos necesarios para entender y hacerse entender, incluyendo incluso la posibilidad de proveerle de un facilitador judicial.

Nada de esto se contempló tampoco en relación con el Sr. Feliciano .

Al mismo tiempo, D. Feliciano era el testigo principal que podía dar razón de los hechos que eran objeto de enjuiciamiento y por tanto existía relación directa entre esta prueba y el objeto del proceso. De hecho la prueba había sido interesada por todas las partes y declarada pertinente por el Tribunal. Además su relevancia era indiscutible.



Igualmente el Tribunal conoció desde el inicio del juicio que la declaración prestada por el Sr. Feliciano durante la instrucción de la causa no podía hacerse valer en el juicio conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECrim al no haber intervenido en la misma el Letrado del acusado.

Por ello no cabe excluir la potencialidad de la prueba comentada para producir una alteración del fallo de la sentencia.

Tampoco la demora del enjuiciamiento aparece como causa suficiente que aconsejara prescindir de este medio probatorio. Es cierto que los hechos acontecieron en agosto de 2018; el sumario tuvo su entrada en la Audiencia Provincial el día 29 de abril de 2019, habiéndose intentado la celebración del juicio en dos ocasiones anteriores (15/01/2020 y 19/05/2020) siendo suspendidos los señalamientos por causas distintas a la incomparecencia del testigo. La suspensión del juicio y el señalamiento de nuevo día para su celebración no hubiera supuesto una dilación mucho mayor. La propuesta efectuada por la Acusación Particular implicaba una mínima demora, permitiendo la continuación del juicio en un tiempo prudencial, una vez agotados todos los medios para la localización y citación del Sr. Feliciano utilizando la información que ya había sido facilitada por la policía y por su Letrado.

En definitiva, existía posibilidad real de acordar la suspensión del juicio hasta la comparecencia del testigo como habilita el art. 746.3 LECrim y de practicar la declaración testifical, para lo cual ninguna gestión adicional fue realizada por el Tribunal. La importancia del testimonio era indiscutible y hubiera permitido al tribunal conocer la realidad de los hechos y la intervención del acusado en los mismos. Se trataba de una prueba pertinente y relevante que había sido admitida, y el Tribunal pudo practicarla agotando las nuevas posibilidades que se le presentaron para la localización del testigo.

Por tanto, la sentencia recurrida vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, derecho a un proceso justo con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

La decisión del Tribunal de instancia de no acceder a la suspensión del juicio ante la incomparecencia del único testigo de cargo propuesto por todas las partes, supuso una conculcación del derecho a disponer de las garantías procesales que ofrece la ley y a utilizar los medios de prueba pertinentes, generando una situación de indefensión que pugna con el art. 24.2 CE.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado, casando la sentencia recurrida, declarando la nulidad del juicio oral y de la sentencia, debiendo celebrarse nuevamente el juicio por una Sala constituida por distintos Magistrados, a la mayor brevedad posible, de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 bis a) LECrim, debiendo el Tribunal agotar todos los medios a su alcance para obtener la comparecencia del testigo D. Feliciano en el acto del juicio oral.

TERCERO.- La estimación del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas procesales, de conformidad con las previsiones contenidas en el art. 901 LECrim.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Feliciano, contra la sentencia núm. 5/2022, de 11 de enero, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el Recurso de Apelación núm. 152/2021, en la causa seguida por el delito de abuso sexual, delito de amenazas y delito de lesiones.

2º. Casamos y anulamos las referidas sentencias así como el juicio celebrado ante la Audiencia Provincial, acordando la celebración de un nuevo juicio por Sala constituida por distintos Magistrados debiendo el Tribunal agotar todos los medios a su alcance para obtener la comparecencia del testigo D. Feliciano en el acto del juicio oral.

3º. Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente 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.