



Roj: STSJ CL 2337/2022 - ECLI:ES:TSJCL:2022:2337

Id Cendoj: 09059310012022100042

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal

Sede: Burgos

Sección: 1

Fecha: 24/05/2022

Nº de Recurso: 29/2022

Nº de Resolución: 43/2022

Procedimiento: Recurso de apelación. Juicio penal

Ponente: BLANCA ISABEL SUBIÑAS CASTRO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CASTILLA Y LEON

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

ROLLO DE APELACION NUMERO 29/ 2022

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SORIA

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 DE SORIA

-SENTENCIA Nº 43/2022-

Señores :

Excmo. Sr. Presidente: D. Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Eusebio Revilla Revilla

Ilmo. Sr. D^a Blanca Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a veinticuatro de mayo de 2.022.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de SORIA, seguida por un delito de AGRESIONES SEXUALES, contra el acusado Juan Pablo , representado por el Procurador Don Ángel Muñoz Muñoz y defendido por la Letrada Doña Ana María Rodrigo Matesanz; figurando como partes acusadoras el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción pública y como Acusación Particular Doña Ofelia representada por la Procuradora Doña Elena Margarita Lavilla Campo y asistida por el Letrado Don José Ignacio Parra Posadas, en virtud del recurso de apelación interpuesto por Juan Pablo , siendo **Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Blanca Isabel Subiñas Castro.**

-ANTECEDENTES DE HECHO-

P RIMERO . - La Audiencia Provincial de Soria, en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia de fecha 14 de febrero de 2.022, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

"ÚNICO. -Del conjunto de la prueba practicada se considera expresamente probado y así se declara, el acusado Juan Pablo , mayor de edad, nacido el NUM000 de 1.995, y sin antecedentes penales, junto con su hermana Ofelia , nacida el NUM001 de 1.998, convivieron en el domicilio familiar de sus padres Santiago y Bartolomé , sito en C/ DIRECCION000 nº NUM002 de Soria. Existiendo entre los hermanos una buena relación, con la realización de confidencias entre ellos, y teniendo Ofelia una gran confianza en su hermano.



Durante el tiempo en el que duró dicha convivencia familiar en fecha no determinada, pero con posterioridad a 6 de julio de 2.013, cuando Bartolomé contaba la edad de 18 años y su hermana 15 años, encontrándose ambos solos en el domicilio familiar, estando el acusado en el salón viendo películas pornográficas y masturbándose delante de su hermana, le propuso que ella también lo hiciese, a lo que ésta se negó, pero él con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, la desnudó utilizando fuerza para ello pese a la resistencia de Ofelia, llevándola en brazos al dormitorio de sus padres, fingiendo ser un actor porno (grabando con el teléfono móvil), al gritar Ofelia él la tapó la boca con la mano así como metió un calcetín, y estando encima de la misma inmovilizando sus brazos, introdujo el pene en su vagina.

Tiempo después, cuanto Ofelia tenía 17 años, (después del NUM001 de 2.015) encontrándose también los dos solos en el domicilio familiar, el acusado igualmente en el salón tras ver películas pornográficas, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, desnudó a la fuerza a su hermana ante su negativa a tener relaciones sexuales, (quitándole la camiseta, agarrándole los brazos con una mano y con la otra la desvestía), la llevó en brazos a la habitación de sus padres, poniéndose encima para que no moviese las piernas y también introdujo el pene en su vagina.

Y, nuevamente el día 25 de mayo de 2.019 encontrándose igualmente los dos hermanos solos en casa, así como el acusado viendo películas pornográficas en la televisión, éste sin decir nada a su hermana, con intención de satisfacer sus deseos sexuales, le quitó la ropa a la fuerza (ante una vez más la negativa y resistencia de ella), así como procedió a grabar con el teléfono móvil, llevándola en brazos a la habitación de sus padres, tirándola sobre la cama, colocándose el acusado encima de ella, sujetándola, tapando su boca, diciendo que se dejara que si no iba a ser peor, e introduciendo el pene vía vaginal.

En esa misma fecha del 25 de mayo de 2.019, el acusado envió a su hermana mensajes a través de WhatsApp, entre ellos: a las 18'44 horas de Tirantes (el acusado) "se lo has contado a Lázaro?", por Martin a las 19'03 horas "le he dicho lo del primo"... a las 23'50 horas Tirantes " Martin siento mucho lo que te he hecho esta tarde, ya sé que no tiene perdón de Dios, pero me perdonas?, se lo vas a decir a la psicóloga?, se lo has dicho a Lázaro?"; a las 23'53 horas Tirantes " Martin es que te lo juro no entiendo con todo lo que te quiero, como te puedo luego hacer esto, además saber que luego me arrepiento y mucho"; a las 23'53 Tirantes "se lo vas a decir a los papás?"; 1'24 Martin "no tienes que pedir perdón"; 1'24 horas Martin "a Lázaro le he dicho mi primo"; 1'24 horas Martin "y a la psicóloga no se lo puedo decir ni de coña"; 1'24 horas Martin "pero entiendes que a solas no los podremos quedar". Igualmente, los días siguientes días se continuaron enviando mensajes entre ellos.

Como consecuencia de tal comportamiento del acusado, Ofelia el 4 de julio de 2.019 dejó de residir en la casa familiar, al comprobar que sus padres no le daban apoyo ni una solución a lo que estaba ocurriendo. Sin que exista en la actualidad relación alguna de Ofelia con sus padres ni con su hermano.

Ofelia comentó el anterior comportamiento de su hermano para con ella a su pareja Lázaro, e interpuso denuncia en fecha 7 de julio de 2.019 en la Comisaría de Soria de la Dirección General de Policía, (sin haberlo llevado a cabo con anterioridad, dado que al contar a su madre lo que ocurría, ésta le decía que pobrecito su hermano que estaba enfermo, que la quería mucho, lo que le llevó a Ofelia a pensar que lo que le hacía su hermano era porque estaba enfermo). Con referencia en la denuncia también a la comisión de otros hechos similares, en los que el acusado era menor de edad, y respecto de los que recayó sentencia de fecha 10 de diciembre de 2.020 del Juzgado de Menores de Soria, expediente nº 36/19; que posteriormente fue firmada, (salvo en lo relativo a la responsabilidad civil), por sentencia nº 23/21 dictada en fecha 15 marzo de 2.021 por la Audiencia Provincial Sección 1ª de Soria (Rollo de Apelación nº 6/21).

A su vez, Ofelia recibió tratamiento psicológico en la oficina de Asistencia de las Víctimas de Soria desde Mayo de 2.019; y en tratamiento psiquiátrico desde Julio 2.019 con el diagnóstico en esta fecha de reacciones a DIRECCION002 y DIRECCION001, (sin existir antecedentes psiquiátricos ni psicológicos previos a mayo/julio).

En la exploración que Dª Lorena (Psicóloga de la oficina de asistencia a las víctimas de Soria), el día 20 de junio del 2.019 realizó a Ofelia, en una evaluación psicológica al inicio de la terapia, constató sintomatología depresiva grave, ansiedad alta, baja autoestima y sintomatología que cumplía los criterios diagnósticos del DIRECCION002. El sueño lo tenía alterado, le costaba conciliar el sueño, tenía varios despertares a lo largo de la noche. El patrón alimentario estaba alterado: o comía mucho, o tenía el estómago cenado. Tuvo un intento de suicidio y tenía ideaciones suicidas. Se autolesionaba. El área afectiva y de la sexualidad estaba muy dañada, en las relaciones sexuales se quedaba bloqueada en la fase de la excitación sexual y desconfiaba generalmente de las personas.

En cuanto a Juan Pablo ha sido diagnosticado de DIRECCION003 no especificado y mal control de impulsos. El mismo desde el 6 de mayo de 2.021 se encuentra ingresado en el Centro Asistencial DIRECCION008 de Palencia, en la unidad de rehabilitación psiquiátrica, donde una vez transcurridos seis meses de hospitalización se consideró que no se cumplía con todos los criterios de ninguno de los trastornos de la categoría diagnosticada



del DIRECCION004 ; y se optó por mantener el diagnóstico de DIRECCION005 sin especificación. En la realización del test de inteligencia (WAIS-III) se observó una inteligencia normal-baja (CUT:80).

Sin quedar acreditado que el acusado tuviese afectada su capacidad de conocer y determinarse libremente, en el momento de comisión de los hechos anteriores ocurridos en los años 2.013, 2.015 y 2.019.

Por sentencia de fecha 26 de enero de 2.021 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Soria, dictada en el procedimiento de incapacitación nº 268/20 , se estimó la demanda interpuesta por la representación procesal de Bartolomé y Santiago , declarándose a Juan Pablo totalmente incapacitado para el gobierno de su persona y bienes, rehabilitándose la patria potestad de sus progenitores y demandantes.

Por parte de Bartolomé , (padre del acusado y de Ofelia), se presentó ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Soria, escrito fechado el 23 de julio de 2.019, firmado por el mismo, con el siguiente contenido: "Que, a través de este escrito, viene en comunicar a ese Juzgado, el que su hija Ofelia , le ha puesto de manifiesto el hecho de que la misma ha venido siendo objeto de reiterados abusos sexuales por parte de su hermano DON Juan Pablo , hijo también del compareciente.

Según le ha manifestado su hija Ofelia , esos abusos al parecer han venido produciéndose desde hace años; y durante todo este tiempo según le ha indicado su hija, la madre DOÑA Santiago era conocedora de la situación, por cuanto la hija del dicente se lo había contado.

Es a raíz del último incidente, cuando Ofelia , pone en conocimiento del compareciente esta situación; y si bien en un primer momento el dicente mostró estupor y extrañeza, lo cierto es que hablar tanto con su esposa como con su hijo, ninguno de ellos contradijo la versión de Ofelia . Ante estos hechos totalmente reprobables e injustificables, el compareciente quiere poner de manifiesto los mismos ante el Juzgado, dejando constancia del total e incondicional apoyo a su hija Ofelia , a la vez que se pone a disposición de la Administración de Justicia para poder declarar sobre lo que se le pregunte".

SEGU NDO. - La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:

"DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS A Juan Pablo como responsable penalmente en concepto de autor de tres delitos de agresión sexual con prevalimiento (parentesco) sin la concurrencia de circunstancia modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por cada uno de los tres delitos de 12 años de prisión con accesoria de Inhabilitación Absoluta durante el tiempo de condena, (con el límite de cumplimiento del art. 76 del Código Penal). Además, se impone al acusado la prohibición de aproximación a menos de 400 metros de Ofelia , a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier sitio en el que ésta se encuentre, y la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio oral, escrito, telegráfico, telefónico, telemático o de cualquier naturaleza, (incluido por intermediación de terceras personas), y todo ello durante el periodo de tiempo de 13 años, (por cada uno de los tres delitos). Y, con la imposición de la medida de libertad vigilada por cinco años, (por cada uno de los tres delitos). En cuanto a la responsabilidad civil Juan Pablo deberá de indemnizar a su hermana Ofelia en concepto de daños morales la cantidad de 15.000 euros (quince mil euros), más el interés legal del art. 576 de la L.E.C ."

T ERCERO . - Contra esta resolución se interpuso **recurso de apelación por la defensa del acusado**, y alega en su recurso, como motivos de impugnación, en primer lugar infracción del derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión del artículo 24 de la Constitución española por no grabarse correctamente las sesiones del juicio oral debido a un problema de funcionamiento del sistema, e igualmente vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y del principio non bis in idem; en segundo lugar incongruencia omisiva, al no responder a las cuestiones planteadas de cosa juzgada, discutida capacidad procesal del acusado y vulneración del principio non bis in idem; en tercer lugar vulneración de los artículos 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 141 de la Ley de Enjuiciamiento criminal al no haber resuelto sobre la nulidad de las actuaciones por medio de auto; en cuarto lugar, error en la valoración de la prueba; en quinto lugar, infracción de los artículos 178 y 179 del Código Penal siendo los hechos constitutivos de un delito de abuso sexual y no de agresión sexual; y terminaba solicitando que se dicte en su día sentencia por la que se acuerda la nulidad del juicio oral celebrado en la causa por las graves deficiencias de la grabación del acto del juicio expuestas en el motivo primero y en el cumplimiento del principio de imparcialidad se forma en nueva composición del Tribunal en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa, y alternativamente se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se dicte otra por la que se le condene al acusado por dos delitos de abuso sexual en grado de tentativa concurriendo las eximentes del artículo 20.1 y 20.2 del Código Penal.

C UARTO . - Admitido el recurso, se dio traslado a las partes, solicitando el **Ministerio Fiscal** la confirmación de la Sentencia, sin perjuicio de mejor criterio por el tribunal de apelación que entienda que si debe procederse a la nulidad del juicio oral interesada por la parte recurrente. Por su parte, la acusación particular solicitó la desestimación en su totalidad el recurso interpuesto y la confirmación íntegra de la resolución impugnada. Y, elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de



Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 24 de mayo de 2.022, en que se llevaron a cabo.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la sentencia dictada con fecha 14 de febrero de 2.022 por la Audiencia Provincial de Soria, *por la que se condena a Juan Pablo* como autor de tres delitos de agresión sexual con prevalimiento (parentesco) sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena por cada uno de los tres delitos de 12 años de prisión con accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena, (con el límite de cumplimiento del art. 76 del Código Penal); y además, se impone al acusado la prohibición de aproximación a menos de 400 metros de Ofelia, a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier sitio en el que ésta se encuentre, y la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio oral, escrito, telegráfico, telefónico, telemático o de cualquier naturaleza, (incluido por intermediación de terceras personas), y todo ello durante el periodo de tiempo de 13 años, (por cada uno de los tres delitos). Y, finalmente se le impone la medida de libertad vigilada por cinco años, (por cada uno de los tres delitos); y en cuanto a la responsabilidad civil Juan Pablo deberá de indemnizar a su hermana Ofelia en concepto de daños morales la L.E.C.

La sentencia es recurrida por el acusado Juan Pablo, alegando varios motivos en su recurso:

A) Vulneración de lo establecido en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución española al entender que se ha quebrantado el derecho a la tutela judicial efectiva, produciendo indefensión, por no grabarse correctamente las sesiones del juicio oral debido a un problema de funcionamiento del sistema. En este apartado también alega como infringidos el derecho fundamental a la presunción de inocencia, y el derecho fundamental de cosa juzgada que se deriva del artículo 25 de la Constitución española.

B) Relacionado con lo anterior, como segundo motivo de recurso, alega la incongruencia omisiva ya que el Tribunal no resolvió en la sentencia respecto a la capacidad procesal del acusado, ni sobre la cosa juzgada invocada, ni sobre la vulneración del principio non bis in ídem, con trascendencia constitucional respecto del fondo del asunto.

C) En tercer lugar, alega la vulneración de los artículos 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 141 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, ya que puestas de manifiesto a las partes las deficiencias la grabación, que han resultado prácticamente totales, causando indefensión material a esta parte por cuánto han afectado gravemente a la formalización del recurso, no pudiendo acceder al acta e impidiendo argumentar al respecto de la valoración de la prueba, se emplazó a las partes para formular alegaciones sobre la nulidad y el Tribunal no decidió nada mediante auto.

D) En cuarto lugar, invoca error en la valoración de la prueba que no acreditaría la comisión de agresiones sexuales con penetración y menos la existencia de 3 delitos, y en concreto la valoración de la testifical de la víctima, de la que no puede deducirse que existieran penetraciones, y la testifical de su novio Don Lázaro, quien nunca manifestó que la víctima le dijera que existió violencia o amenazas o empujones, y a quien le llegó a decir la víctima que había parado a tiempo al acusado, y por ello el tipo penal que pudiera concurrir es la de tentativa de abuso sexual del artículo 181 del Código Penal, siendo muy poco creíble que la víctima con 21 años considere que solo existe penetración cuando hay eyaculación y no distinga adecuadamente cuando existe o no penetración. Igualmente se considera que existe error en la valoración de la prueba por lo que se refiere a las conclusiones que se hacen sobre la capacidad de entender y de obrar del acusado, que considera intactas, y que no motivan la aplicación de ninguna causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal, y ello a la vista de lo que ha sido su evolución clínica en la que han existido diagnósticos de DIRECCION009, DIRECCION004, DIRECCION006 con alteración de la capacidad de obrar y decidir, DIRECCION003 con ideación autolítica, retraso en el desarrollo, DIRECCION007, DIRECCION001, trastorno de los procesos del pensamiento, DIRECCION003, lo que ha conllevado ingesta de grandes tratamientos farmacológicos.

E) A continuación, invoca la infracción de ley, en concreto de los artículos 178 y 179 del Código Penal, por cuanto no puede considerarse que haya existido penetración ni violencia.

Y todo ello para solicitar, con carácter principal, la nulidad del juicio oral celebrado en la causa por las graves deficiencias de la grabación del acto del juicio y, que para el cumplimiento del principio de imparcialidad se forma en nueva composición el Tribunal en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa. Y, alternativamente, se revoque la sentencia recurrida, y en su lugar se dicte otra por la que se le condene al acusado por dos delitos de abuso sexual en grado de tentativa concurriendo las eximentes del artículo 20.1 y 20.2 del Código Penal, al concluir que el primer delito imputado al acusado se produjo cuando éste tenía 17 años, y ello al no poder



comprender el acusado la ilicitud de los hechos debido a su pluripatología psiquiátrica, quedando acreditado el mal control de impulsos aunque pueda comprender la licitud del hecho, y además el estado de embriaguez y consumo de cannabis, concurriendo la eximente del artículo 20.2 del Código Penal.

SEGUNDO. &- Por razones prácticas, ya que su estimación implicaría nulidad del juicio, y la celebración de otro nuevo con distinta composición del Tribunal enjuiciador, vamos a examinar el primer motivo del recuso, que se relaciona con el tercero y el cuarto, y es que el recurrente considera que se ha vulnerado el derecho de defensa, su derecho a la tutela judicial efectiva y su presunción de inocencia, derechos todos ellos que derivan del artículo 24 Constitución Española, con causación de verdadera indefensión, **por no grabarse correctamente las sesiones del juicio oral debido a un problema de funcionamiento del sistema**, deficiencias la grabación, que han resultado prácticamente totales causando indefensión material a esta parte, por cuánto han afectado gravemente a la formalización del recurso, no pudiendo acceder al acta e impidiendo argumentar al respecto de la valoración de la prueba. Y, en este sentido denuncia que el Tribunal debió de decidir esta cuestión mediante auto, y que el hecho de no hacerlo le ha obligado a invocarlo como primer motivo de recurso de la sentencia. **Y es necesario poner de manifiesto que esta es una cuestión trascendental por cuanto si bien el Ministerio Fiscal, solicitó la confirmación de la Sentencia**, lo dejó al mejor criterio del tribunal de apelación, por si entendía que debiera procederse a la nulidad del juicio oral interesada por la parte recurrente, *al considerar que si bien las deficiencias en la grabación del juicio oral no pueden alterar los márgenes del recurso de apelación marcados por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación, pueda no obstante entender que la deficiente grabación del juicio, conlleva, indefensión, al considerar que no está en condiciones de evaluar, sin limitación, la corrección del juicio probatorio, en el caso concreto, en atención a las alegaciones del recurso o que existe indefensión al entender que el recurrente precisa el contenido concreto de las pruebas, de manera alguna que sean incompatibles con lo expresado por los Magistrados en su sentencia, y siempre que para resolver el recurso sobre este aspecto sea imprescindible conocer lo acaecido en el juicio no documentado, y en definitiva entienda la existencia de infracción procesal del Art. 743 de la LECR, causante de indefensión material, por considerar que ello, no solo ha impedido a la parte discrepante con la sentencia poder examinar el contenido del juicio, sino que ha privado al Tribunal de Apelación poder llevar a cabo el control jurisdiccional de homologación de la validez y suficiencia de la prueba de cargo y de la racionalidad de la valoración del juez de instancia para alcanzar la decisión condenatoria, lo que exige comprobar lo realmente acontecido en juicio.*

Antes de entrar a resolver la cuestión vamos a expresar los distintos avatares que se han producido desde que se celebró el juicio oral, tal y como hace la sentencia de instancia, y tras comprobarse por el Tribunal enjuiciador que existían problemas con la grabación:

- a) Con fecha 28 de enero de 2022 se dictó providencia en la que se expresaba que, dado el estado de las grabaciones del acto del juicio, en las que, en el video cuarto, del minuto 23 hasta el final, sale la de voz de D. Lázaro distorsionada, y en el video quinto, del minuto 45 al minuto 01:20:00, no aparecen las declaraciones de D^a. Santiago ni de D. Bartolomé, se ordenaba oficiar al Centro de actuación al usuario (CAU) para que en el plazo de 3 días certifiquen si las tres grabaciones mencionadas existen o no, la calidad de la imagen y el sonido, y en caso negativo, si son o no recuperables por los técnicos informáticos del Centro de Atención al Usuario.
- b) En respuesta a este oficio, comunicó el CAU, a través de correo electrónico de fecha 1 de febrero de 2.022 (acontecimiento nº 262), en relación con la incidencia NUM003, que se encontraba asignada al grupo resolutor, y estaban trabajando en ella.
- c) Por Providencia de 1 de febrero de 2.022 (acontecimiento nº 265), se acordó que dado el tiempo transcurrido sin solucionar la incidencia en la grabación, ni que se garantizase que se pudiera solucionar, se diese traslado a las partes, para que en el plazo de 3 día instaran la nulidad del acto de juicio, si lo estimaban oportuno.
- d) Evacuando tal traslado, por la representación procesal de la acusación particular formulada por Doña Ofelia, en escrito de fecha 2 de febrero (aconteciendo nº 270), se manifestó no oponerse a la declaración de nulidad, vistos los problemas técnicos acaecidos y por consiguiente tampoco se opuso a la consiguiente repetición de la vista oral.

Por su parte, la defensa presentó el escrito de fecha 6 de febrero (acontecimiento 272) en el que manifestó que a la vista de las actuaciones practicadas con el objeto de poder recuperar las grabaciones con el CAU, debe operarse con suma prudencia y no convertir las dificultades de audición en la causa, motivo de nulidad sobrevenida de actos procesales, siendo lo verdaderamente determinante es que estas deficiencias sean generadoras de una genuina indefensión en el momento de hacer valer el legítimo ejercicio del derecho de defensa, debiendo detectarse indefensión material, y que en este momento procesal no se está produciendo esta indefensión a ninguna de las partes y ello porque la mera distorsión o dificultad de la audición de Don Lázaro no debe ser causa de nulidad y respecto de las declaraciones de don de Doña Santiago y Don



Juan Pablo , aún se ignora si pueden ser recuperadas por el CAU que sigue trabajando en la resolución de la incidencia, habiendo podido además el Tribunal apreciar la prueba testifical directamente conforme a los principios de inmediación e inmediatez , y en este sentido invocaba el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo del 2017, para acabar concluyendo que en este momento procesal no había lugar a la unidad del juicio al no haber indefensión material.

Y, el Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 8 de febrero (acontecimiento nº 280), en la que expuso no haber lugar a la declaración de nulidad, por no producir indefensión material las irregularidades de la grabación del acto de juicio. Y así, a partir de la regulación del artículo 743 de la LECr, y de la doctrina consolidada en lo que respecta a su esencialidad a efectos de recurso, que extrapolaba al momento procesal del momento previo al dictado de sentencia, considera que no toda falta o deficiencia en la documentación de la vista, (grabación), pueda dar lugar a una nulidad de actuaciones, sino que se requiere una infracción o vulneración que cause un perjuicio que debe ser real y efectivo, es decir, no puramente formal. Y ello con cita de numerosa Jurisprudencia (así la STS 503/2012), que declara que el acta es esencial a efectos de recurso, pues en ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones, y el contenido esencial de la actividad probatoria; añadiendo que, por ello, "el levantamiento y corrección del acta se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales". Y no pueden tratarse de la misma forma las deficiencias observadas, que pueden ir desde la mera interferencia o defectos puntuales de sonido, hasta una verdadera y concreta indefensión con relevancia constitucional, es decir, con privación del derecho de defensa. Y acaba concluyendo que en momento procesal en que se plantea la controversia, habiéndose celebrado Juicio Oral, no procede declarar la nulidad de tal acto, ya que nada obsta al tribunal el poder dictar Sentencia en el presente procedimiento, pues ninguna indefensión o vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se ha producido, habiéndose practicado en el acto de juicio prueba plural y válida en su obtención e incorporación al plenario, desarrollándose y garantizándose su práctica bajo los principios, de oralidad, inmediación y contradicción, pudiendo el tribunal entrar a valorar la prueba efectuada en la instancia, con las garantías que proporciona el principio de inmediación. Ningún perjuicio real y efectivo se ha producido que determine la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Así mismo las irregularidades detectadas no afectan a la totalidad del Acto de Juicio Oral, tratándose de una falta de grabación parcial, que puede ser perfectamente subsanable sin necesidad de tener que repetir la totalidad del Juicio, máxime cuando tanto la declaración del procesado como la de la víctima se encuentra plenamente grabadas y documentadas, y teniendo en cuenta la naturaleza del delito enjuiciado.

e) Por diligencia de constancia y ordenación de fecha 8 de febrero de 2.022 (acontecimiento nº 275) se expone, que " *El informe remitido por CAU sobre resolución de la incidencia en fidelius, comunicando la recuperación de los vídeos del presente procedimiento y la posibilidad de reproducirlos en sala y a través de efidelius gestión, únase y dese traslado a las partes. Habiéndose procedido por esta Letrada de la Administración de Justicia a comprobar lo manifestado por el CAU en esa comunicación, se hace constar que accediendo al expediente digital PO NUM004 a través del visor, en el mismo aparecen cinco vídeos con el número 1, tres de ellos sin posibilidad de visualizarlos; otro, el VIDEO 1: 20/12/2021- 11:07:05, perfectamente visionable y audible y textualizado, que contiene la declaración íntegra de Doña Ofelia a partir del minuto 25:59:780; y el último de ellos, VIDEO 1:20/12/2021-13:50:11, perfectamente visionable y audible y textualizado, que contiene los informes finales del Ministerio Fiscal y partes personadas, además de la última palabra del acusado. Accediendo al sistema Fidelius Gestión, se hace constar que contiene igualmente la declaración íntegra de Doña Ofelia en perfectas condiciones, no así la de D. Lázaro, que resulta ininteligible por aparecer su voz distorsionada, y siguen sin aparecer las declaraciones de Doña Santiago y de Don Bartolomé, lo que se pondrá en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal* ".

f) Por diligencia de ordenación de 10 de febrero se pone en conocimiento de la sala enjuiciadora, que lo resolvió en sentencia apelando a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se desprende entre otras, de la sentencia de 8/5/2014, y que afirma que el principio general aplicable en esta materia es la de conservación del proceso, siendo la nulidad de actuaciones 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, de manera que 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, y la parte recurrente, sobre quien pesa la carga de la prueba, 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. En definitiva, la defectuosa grabación de las vistas por sí misma no provoca la nulidad de lo actuado. Y además añadía, la doctrina derivada del acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo



de 2.017: "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 Ley de Enjuiciamiento Criminal, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita los tribunales competentes para la resolución del recurso. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genera indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral, o en su caso, la absolución". Y todo ello para terminar resolviendo que teniendo en cuenta el momento procesal en que nos encontramos, y dado que tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa del acusado se descarta que se produzca indefensión material por las deficiencias observadas en la grabación del acto de juicio, no procede declarar la nulidad de dicho acto procesal, procediéndose al dictado de la sentencia, en la que se procederá a la valoración del conjunto de la prueba practicada en virtud del principio de inmediación.

T ERCERO.- Continuando con el motivo de nulidad invocado, por defectos en la grabación, que no impidió dictar sentencia desde la inmediación, habrá que darse una respuesta al **hecho de si atendiendo al momento procesal en el que nos encontramos, que es resolver un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Provincial de Soria, momento que no es el que valoraban todos las partes cuando informaron sobre al nulidad a raíz de la audiencia otorgada (antes de dictar sentencia)**, puede atenderse a la nulidad invocada por la defensa, en el sentido poder verse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de defensa, y la presunción de inocencia del acusado, derechos todos ellos que derivan del artículo 24 Constitución Española, con causación de verdadera indefensión. Quebranto que tendría su causa en el hecho **de no grabarse correctamente las sesiones del juicio oral debido a un problema de funcionamiento del sistema**, deficiencias de la grabación, que han resultado prácticamente totales causando, según manifiesta el recurrente, indefensión material, por cuánto han afectado gravemente a la formalización del recurso, no pudiendo acceder al acta e impidiendo argumentar al respecto de la valoración de la prueba.

Y a esta **cuestión se le dará una respuesta**, teniendo en cuenta que una vez revisada por esta sala la grabación que consta incorporada al visor documental, la situación que más se ajusta a la realidad por lo que se refiere al estado de la grabación, es la que se hace contar en la providencia de fecha 28 de enero de 2022, en la que se puede comprobar como en video cuarto, del minuto 23 hasta el final, sale la de voz de D. Lázaro distorsionada, y en el video quinto, del minuto 45 al minuto 01:20:00, no aparecen las declaraciones de los testigos D^a. Santiago ni de D. Bartolomé. Y es que efectivamente repasada las grabaciones que existen incorporadas en el visor documental se puede comprobar la existencia de 5 vídeos, desordenados en el archivo documental por lo que se refiere a su secuencia procesal lógica, y que tras su visionado arrojan el siguiente resultado:

A) En el primer video, según orden natural del juicio (tercero en el archivo documental), consta una grabación correspondiente a la franja temporal de las 10:38:10, a las 11:00:59 del día 20 de diciembre de 2021, con una duración de 19,08 minutos, cuando en realidad en la citada franja temporal hay casi 23 minutos. Se puede comprobar igualmente que hay fragmentos del video en los que no se corresponde la imagen con el audio. Se oye el comienzo del juicio, con no muy buena audición, pero entendible en todo caso, se escuchan las cuestiones previas (celebración a puerta cerrada, capacidad procesal del acusado e infracción del principio non bis in idem en relación con el procedimiento del juzgado de menores), la resolución de esas cuestiones previas (plantándose sólo protesta en relación con la resolución de la tercera). Y a continuación, se comienza con la declaración del investigado, que en ocasiones se oye muy mal y con eco, pero se entiende, y que en algún punto pierde continuidad.

B) En el segundo video, según orden natural del juicio (segundo en el archivo documental), consta una franja temporal desde las 11:07, a las 11:41:52 del día 20 de diciembre de 2021, y se observa un salto al fin a las 11:42.42. El vídeo tiene una duración de 34.15 minutos, cuando en realidad en la citada franja temporal hay casi 36 minutos. Se sigue con la declaración de investigado, si bien no parece tener continuidad con su finalización en el primer video. Una vez terminada la declaración del investigado, se sigue con la declaración de la víctima que es interrogada por el Ministerio Fiscal, y parece corresponderse el audio con el video.

C) En el tercer video, según orden natural del juicio (cuarto en el archivo documental), consta una franja temporal desde las 11:48:26 hasta las 12:40.15 del día 20 de diciembre de 2021, y tiene una duración de 43.44 minutos, cuando en realidad en la citada franja temporal hay casi 52 minutos, y hay fragmentos en los que no se corresponde la imagen con el audio. En este tercer video se sigue con la declaración de la víctima, aunque no parece haber continuidad con el final del video segundo, le sigue interrogando el Ministerio Fiscal, la acusación particular no formula preguntas y sí que lo hace la defensa. En todo caso se comprueba cómo el audio no se corresponde con el video, de tal manera que en el audio continúa el interrogatorio de la víctima, y esta no se encuentra en la sala y ello durante bastantes minutos. Asimismo, se ve como el Tribunal resuelve sobre cómo se va a practicar el resto de las pruebas, sobre todo las periciales que quedan pendientes, y así,



tras oír a las partes y no impugnar la mayor parte de las periciales, que dice el Presidente que quedan como prueba pericial documental, únicamente se considera necesaria instancia de la defensa la práctica de la prueba pericial del perito Jose Pablo . A continuación, y una vez que la víctima abandona la sala, el audio sigue con su declaración varios minutos, hasta que llega un momento en el que accede a la sala el que parece ser el testigo Lázaro , siendo su declaración totalmente ininteligible mientras es audible, y en un momento dado (8 minutos finales) no se oye nada. Mientras se oye la voz se escuchan palabras sueltas, y en ocasiones las voces están completamente distorsionadas. No es que la declaración de este testigo esté entrecortada, es que no se entiende nada, porque solo se graban palabras sueltas que no tienen conexión entre sí, alternadas con palabras completamente distorsionadas y ello hasta que al final no se oye nada. Nada consta en la grabación, ni imagen ni audio, al respecto de los otros dos testigos los padres de la menor de la víctima y del acusado.

D) En el cuarto video, según orden natural del juicio (primero en el archivo documental), consta una franja temporal desde las 13:27:31 hasta las 13:47:02 del día 20 de diciembre de 2021, y tiene una duración de 16:35 minutos, cuando en realidad en la citada franja temporal hay casi 20 minutos. Se puede ver cómo está declarando un perito, declaración ya comenzada, y como una vez que termina de declarar, se pasa el trámite de modificación de las conclusiones, y comienza el trámite de informe empezando a hablar el Ministerio Fiscal. En este video se puede comprobar cómo no se corresponde el audio con el video, y en algunas ocasiones se queda congelada la imagen.

E) En el quinto video, según orden natural del juicio (quinto en el archivo documental), consta una franja temporal desde las 13:50:11 hasta las 14:24:50 del día 20 de diciembre de 2021, y tiene una duración de 34.40 minutos, coincidiendo por lo tanto en minutos con la franja temporal indicada. En el video están grabados los informes de las partes, el del Ministerio Fiscal ya iniciado, no pudiendo saber si tiene continuidad con el empezado en el vídeo cuarto, y la última palabra del acusado. El vídeo es perfectamente audible.

A la hora de resolver esta controversia también **debe tenerse en cuenta que no existe actuar incoherente alguno por parte de la defensa**, ya que una lectura comprensiva del escrito presentado con fecha 6 de febrero, en la audiencia que se le hizo sobre si concurría motivo de nulidad, no se induce que abiertamente dijera que no concurría indefensión material determinante de nulidad, sino que estaba lanzando un mensaje de prudencia a la vista de las gestiones que todavía podían realizarse por el CAU (soporte técnico informático del Ministerio de Justicia). Y así manifestaba que a la vista de las actuaciones practicadas con el objeto de poder recuperar las grabaciones con el CAU, debe operarse con suma prudencia y no convertir las dificultades de audición en la causa, en motivo de nulidad sobrevenida de actos procesales, siendo lo verdaderamente determinante es que estas deficiencias sean generadoras de una genuina indefensión en el momento de hacer valer el legítimo ejercicio del derecho de defensa, debiendo detectarse indefensión material; y que en este momento procesal no se está produciendo esta indefensión a ninguna de las partes, por la falta de grabación de las tres pruebas testificales, ignorándose si pueden ser recuperadas todavía por el CAU. Y añadía, que el Tribunal además pudo apreciar la prueba testifical directamente conforme a los principios de inmediación e inmediatez, y en este sentido invocaba el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de mayo del 2017, para acabar concluyendo que en este momento procesal no había lugar a la nulidad del juicio al no haber indefensión material. En cualquier caso, se estaba refiriendo al momento procesal en el que se encontraban, que era el de dictar sentencia tras haber practicado el juicio contradictorio, bajo la inmediación e inmediatez del Tribunal sentenciador con independencia de lo que pudiera recoger el acta al respecto.

En definitiva, se debe dar una solución a la presente controversia partiendo del hecho de que el Tribunal de instancia ha disfrutado de una inmediación y de una inmediatez, con independencia de la documentación de la vista, de la que este órgano judicial de apelación no puede gozar. Y se debe solucionar desde la perspectiva que la documentación de las vistas y de los actos procesales, son elementos instrumentales para el respecto de otros derechos.

CUARTO. - La jurisprudencia sobre la materia se encuentra resumida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2022 , recordando entre otras la sentencia 503 /2012, de 5 de junio, que fue una de las primeras que se dictó por defectos de grabación en relación con el nuevo sistema de documentación del acto del juicio oral, de la que extraemos los siguientes párrafos:

"Tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial el precepto se remite íntegramente al procedimiento ordinario: " *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* ". El aludido art. 743 LECr . en la redacción actual, vigente ya en el momento en que se celebró el juicio oral y por tanto aplicable establece:



"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."

Así pues, la documentación de las vistas ha de efectuarse de una forma u otra dependiendo de los medios técnicos de que disponga el órgano judicial: "en cascada" o con carácter subsidiario. La regla general es la grabación del juicio oral que constituye el acta a todos los efectos. En un segundo escalón se admite la combinación de grabación con acta cuando no existen mecanismos para garantizar autenticidad e integridad (art. 743.3). En tercer lugar, se encuentra el supuesto previsto en el art. 743.4: cuando no es posible el uso de medios técnicos de grabación, será suficiente el acta extendida por el Secretario judicial elaborada por medios informáticos. Por fin la ausencia de ese tipo de medios habilita para la tradicional redacción manuscrita. El acta deberá recoger, con la extensión y detalle necesario, todo lo actuado.

La regulación del acta del juicio oral contenida en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, representa, pues, un cambio importante en relación a la normativa anterior...

El acta es esencial a efectos de recurso . En ella se incorpora la indispensable constancia documental de las formalidades observadas durante el desarrollo del juicio, las incidencias y reclamaciones que hubieran podido formularse durante las sesiones y el contenido esencial de la actividad probatoria. Por eso su levantamiento y corrección se puede vincular con el derecho a la tutela judicial efectiva y una de sus facetas que es el derecho a interponer los recursos de acuerdo con las previsiones legales. Esa relevancia del acta ha llevado a esta Sala de casación a declarar la nulidad del juicio oral cuando ha desaparecido el documento o no se ha producido la grabación, o la misma es tan defectuosa que deviene imposible su reproducción. " La sentencia que dicta un Tribunal sin contar con la documentación del acta del juicio oral es nula" (STS de 26 de abril de 1989). Incluso en algún caso se ha llegado a la solución, más discutible por suponer un salto entre planos diferentes, de anudar a la pérdida del acta la consecuencia de la absolución, aunque en ese supuesto el extravío se extendía a otras actuaciones (STS 525/1995, de 1 de abril).

Tras la reforma de la Ley 13/2009 el art. 743.5 exige que el acta, cuando se extienda, debido a la ausencia de mecanismos de garantía de la grabación (apartado 3) o porque no se puede grabar la vista (apartado 4), ha de efectuarse por procedimientos informáticos, prohibiendo que la misma sea manuscrita, salvo que la sala carezca de dichos medios informáticos. Así pues, en la previsión legal la extensión del acta de puño y letra del Secretario será lo excepcional. En todo caso no sobra recalcar aquí a la vista de las alegaciones de las partes que la grabación no modifica la naturaleza y límites de cada tipo de recurso....



La STS 529/2017, de 11 de julio en un supuesto en que la declaración de la menor víctima que fundamentó la condena no había quedado grabada desarrolla esta argumentación, trasladando al ámbito jurisdiccional lo que reflejaba ese acuerdo:

..... 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.

..... 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 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.... 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.....

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".

....Y es necesario evocar un importante precedente del TC: la STC 55/2015, de 16 de marzo que proyectaba la relevancia de la documentación de la vista en relación a la presunción de inocencia y a otras garantías del proceso:

"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".

El TC rechazó el amparo entendiendo que el déficit de documentación no mermó el derecho de defensa. La prueba pericial no grabada no afectaba a los hechos que sustentaron la condena del solicitante, constatados a través de otros medios probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala, en sintonía con la doctrina constitucional, ha descartado una indefensión con potencialidad anulatoria cuando las partes tenían 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 o STS 464/2015 de 7 de julio) o cuando la deficiencia afecta a pruebas no decisivas (STS 1000/2016 de 17 de enero).

QUINTO. - En todo caso debemos de partir del tipo de recurso ante el cual nos encontramos, que es un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por la audiencia provincial en un procedimiento sumario ordinario.

Reiterada Jurisprudencia de la que esta Sala se ha hecho eco, ha dicho que la función del Tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba que ya lo ha sido por el órgano "a quo", sino en revisar críticamente la valoración realizada por el mismo, rectificando la declaración fáctica y sustituyéndola por una propia si aprecia error en aquella función valorativa; pero respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio, en su caso, no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Y, por supuesto, ajustando esa decisión revocatoria a parámetros objetivos que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y motivándola adecuadamente, tal y como se desprende de la doctrina emanada de la STC 17/2000, de 31 de enero. Es por ello por lo que, salvo en supuestos en los que se constate una irracionalidad o una arbitrariedad en la valoración que de la prueba haya podido realizar el Tribunal de instancia, no cabe suplantar la apreciación hecha por el mismo de las pruebas practicadas a su presencia, realizando así un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala. La STS 27/2021, de 20 de enero (recurso 749/2019), afirma que "cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, esta Sala señalaba, en la sentencia núm. 641/2020, de 26 de noviembre, que el control de la racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal revisor. No se trata de sustituir una inferencia razonable por otra que también pueda serlo, sino de comprobar si el razonamiento del Tribunal sentenciador, que ha presenciado directamente toda la prueba, resiste el contraste con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos. Por lo tanto, el Tribunal Superior de Justicia no puede examinar toda la prueba practicada y establecer sus propias conclusiones fácticas tras su valoración, sino que debe limitarse a verificar si el proceso valorativo del tribunal del jurado respecto de la prueba que ha tenido en cuenta para condenar se mantiene dentro de las exigencias de racionalidad. Especialmente cuando se trata de pruebas personales, que tienen que ser valoradas en apelación acudiendo al contenido del acta del juicio, generalmente incompleta, o incluso a la grabación del plenario, que no proporciona una inmediación propiamente dicha'. Así se recordaba en la STS núm. 590/2003, citando el contenido de la STS núm. 1077/2000, de 24 de octubre, que 'el Tribunal de apelación extravasa su función de control cuando realiza una nueva valoración -legalmente inadmisibile- de una actividad probatoria que no ha percibido directamente, quebrantando con ello las normas del procedimiento ante el Jurado (art. 3º LOTJ) así como del procedimiento ordinario (art. 741 LECrim), de las que se deduce que es el Tribunal que ha presenciado el Juicio Oral el que debe valorar la prueba, racionalmente y en conciencia".

Sin embargo, otra tesis al respecto del alcance de la apelación se ha abierto camino, y es que la nueva forma de documentación de las actuaciones judiciales ha traído como consecuencia que la inmediación en la práctica de las pruebas pueda ser en gran parte percibida por el Tribunal de Apelación. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo número 136/2022 de fecha 17 de febrero de 2022, al resolviendo un recurso de casación interpuesto por una sentencia de este mismo Tribunal, y tras estudiar el alcance del recurso de apelación según sea contra sentencias absolutorias o condenatorias e incluso respecto del mismo recurso de casación, declara en relación con recursos interpuestos contra sentencias condenatorias que el tribunal ad quem dispone de plenas facultades revisoras: "El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación



de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado.

Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia".

Y sigue razonando esta sentencia que esta plena de jurisdicción del Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho, sus plenas facultades, parece haber sido olvidado por " fórmulas reductoras del efecto devolutivo de la apelación contra sentencias de condena, extendiendo indebidamente el efecto limitador que frente a sentencias absolutorias estableció la STC 167/2002 ", y en este sentido invoca la importante sentencia del Tribunal Constitucional 184/2013, cuando dice que " toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior y 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. (...). Negarse a ello, como ocurrió sobre la base de una errónea apreciación de la doctrina de nuestra STC 167/2002 , no solo revela el déficit de motivación aducido y de incongruencia con sus pretensiones, sino, como consecuencia, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por privarse al recurrente de su derecho a la revisión de la sentencia condenatoria".

Y termina diciendo dicha sentencia que no puede invocarse la no inmediación ya que "la intermediación constituye, solo, un medio o método de acceso a la información probatoria. La intermediación nunca puede concebirse como una atribución al juez de instancia de una suerte de facultad genuina, intransferible e incontrolable de selección o descarte de los medios probatorios producidos en el plenario. Ni puede confundirse, tampoco, con la valoración de la prueba, desplazando las exigentes cargas de justificación que incumben al juez de instancia. La intermediación no blindo a la resolución recurrida del control cognitivo por parte del tribunal superior. Sobre todo, en un caso como el que nos ocupa, en el que tanto el tribunal de instancia como el de apelación partían de las mismas condiciones de no intermediación en el acceso a la información primaria proveniente del menor, pues lo que accedió al cuadro de prueba fue la grabación de la exploración preconstituida en la fase previa".

SEXTO.-D e cara a considerar que no existe nulidad por falta de verdadera indefensión material y efectiva, la sentencia de instancia utiliza un argumento que no es extrapolable al momento procesal en el que nos encontramos, y puede afirmarse que tiene razón la parte recurrente cuando afirma que la formalización del recurso se ha visto afectada por las importantes deficiencias existentes en la grabación, y lo que desde luego se ve afectado es la realización de la actividad revisora por este Tribunal.

Partiendo sin duda de una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a utilizar el sistema de recursos legalmente establecido, y por otra parte, teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar con plenitud la labor revisora por este Tribunal, dados los importantes defectos que contiene la grabación del juicio, que debe acordarse la nulidad del acto del juicio, con devolución de la causa al órgano enjuiciador para que con respeto al principio de imparcialidad, que implica la formación distinta del Tribunal, se proceda a la celebración del juicio, pudiéndose acordar, con audiencia de las partes, conservar aquellas pruebas que puedan entenderse que están completas, mediante su reproducción en el acto del juicio. Y en este sentido la declaración de la víctima, porque a pesar de las deficiencias técnicas que puedan existir en la grabación, éstas son mínimas, y en todo caso la víctima explica pormenorizadamente y con contradicción los hechos acaecidos. Y ello sobre todo en respeto de los derechos de la víctima que aparecen enumerados en la Ley por la que regula el Estatuto de la Víctima de 2015, y en la Ley procesal criminal, y para evitar una indeseable victimización secundaria, ya que al respecto no puede olvidarse que ésta ha tenido que declarar unas cuantas veces sobre unos hechos que por su clase (atentado contra la libertad sexual) y el contexto en el que se producen (familiar, siendo su hermano el presunto autor), tienen que ser muy dolorosos de recordar, y al respecto véanse los padecimientos psicológicos sufridos por la víctima. En la medida de lo posible, se debe evitar que el proceso penal pueda ser origen de más daños. No puede olvidarse que al haberse seguido un proceso penal por hechos semejantes ocurridos cuando el acusado era menor de edad, y ello el amparo de la Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, la víctima ha tenido que declarar en la fase instructora y de enjuiciamiento de ese proceso, y que nuevamente ha tenido que hacerlo en el proceso que ahora nos ocupa.

Las deficiencias observadas en la grabación son muy importantes, hasta el punto de que pareciera que no pudiera garantizarse la autenticidad y la integridad de lo grabado; por la falta de continuidad de los videos y la no coincidencia entre los espacios temporales que se dicen grabados con la duración de las grabaciones; por las veces que no coincide el audio con el video, que a su vez tampoco coincide con la asistencia al juicio de



la persona que está declarando; los saltos temporales; los fragmentos con dificultades de expresión; por la falta de continuidad en las declaraciones de procesado y víctima cuando se cambia el video que lo contiene, y sobre todo teniendo en cuenta que existen tres declaraciones testificales que no están grabadas, una de ellas de forma totalmente ininteligible y las otras dos ausentes totalmente. Y sin que pueda entenderse que en este caso exista un acta en paralelo, o sustitutiva en cuanto no se advirtieron las deficiencias en la grabación hasta que lo hizo notar el Tribunal en el plazo de dictar sentencia, habiendo fracasado los intentos de recuperación o mejora de la audición a través de un técnico. El acta informática que existe es sólo sobre hitos procesales. Por ello, cuando la defensa en su recurso pone de manifiesto estas incidencias no podemos afirmar que se trate exclusivamente de un mero mecanismo de defensa, habiéndose 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. Como dice la STS 529/2017, que llegó a la conclusión de la nulidad: "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"; y no ante el supuesto de meras irregularidades o defectos de sonido.

E igualmente se ve afectada la actividad revisora de este Tribunal, por las dudas que se desprenden de una grabación que presenta los defectos ya expresados, debiendo además tenerse en cuenta que la sentencia fundamenta la condena en la declaración de la víctima, corroborada en su credibilidad subjetiva y persistencia por determinados datos que se desprende de las testificales no grabadas. Testificales a las que recurre frecuentemente la sentencia para completar la credibilidad del testimonio de la víctima, de manera que, ante la ausencia de grabación de estas pruebas, no puede comprobarse el sentido de tales declaraciones, ni las posibles contradicciones, inexactitudes o imprecisiones relevantes.

En todo caso la solución de la nulidad es la más procedente, visto el contexto en el que se producen los hechos (agresiones sexuales de hermano a hermana siendo las testificales que faltan la de la pareja actual de la hermana y los padres de víctima y acusado); vistas las importantes consecuencias penológicas que de estos hechos se pudieran derivar (no puede olvidarse que la sentencia impone al acusado una pena de 36 años de prisión); y por último, ante las dudas que se pudieran plantear, lo que procede es lo expuesto, evitando que el procedimiento siga adelante con una irregularidad de tales características.

SÉPTIMO. - En definitiva, por todo lo expuesto, y por lo que se refiere a las costas procesales, el hecho de que el recurso de apelación se estimó por el motivo expresado, determina que no debe hacerse expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta segunda instancia (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

-FALLAMOS-

Que ESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el acusado Juan Pablo, representado por el Procurador Don Ángel Muñoz Muñoz y defendido por la Letrada Doña Ana María Rodrigo Matesanz; contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria con fecha 14 de febrero de 2022, en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, y en su consecuencia DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS dicha sentencia y el juicio que la precedió, con devolución de la causa al citado Tribunal para que se proceda a celebrar nuevo vista, y ello con las precisiones que se han hecho constar sobre la posibilidad de conservar pruebas para evitar la victimización secundaria, debiendo el Tribunal estar integrado por Magistrados diferentes, y declarando de oficio las costas del presente recurso de apelación.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./