

**AUDIENCIA PROVINCIAL**

**SECCIÓN TERCERA**

**CANTABRIA**

ROLLO DE SALA Nº 1053/2013.

**SENTENCIA Nº 000221/2014**

**Presidente : D. AGUSTÍN ALONSO ROCA.**

**Magistrados : Dª PAZ ALDECOA ÁLVAREZ-SANTULLANO.**

**Dª MARÍA ALMUDENA CONGIL DÍEZ.**

En Santander, a veintiocho de Mayo de dos mil catorce.

Este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados del margen, ha visto en grado de apelación la presente causa penal, seguida por el Procedimiento Abreviado, procedente del JUZGADO DE LO PENAL Nº UNO DE SANTANDER, Juicio Ora Nº 33/2013, Rollo de Sala Nº 1053/2013, por delito de abuso sexual, contra MARIO , cuyas demás circunstancias personales ya constan en la Sentencia de instancia, representado por el Procurador Sr. Revilla Martínez y defendido por el Letrado Sr. .

Ha sido Acusación Particular LEOPOLDO y LETICIA , representados por el Procurador Sr. Calvo Gómez y bajo la dirección técnica del Letrado Sr. XXXXX.

Ha sido Responsable Civil Subsidiaria la "FUNDACIÓN aaaa", de León, representada por el Procurador Sr.xxxx y bajo la dirección técnica del Letrado Sr. xxxxxxx.

Siendo partes apelantes en esta alzada MARIO , por un lado, y la Acusación Particular en nombre de LEOPOLDO y LETICIA , ya referenciada, por otro lado, y partes apeladas el MINISTERIO FISCAL, en la representación que ostenta del mismo la Ilma. Sra. Dª Irene, y la "FUNDACIÓN" de xxxx, ya referenciada.

Es Ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Presidente de esta Sección Tercera, D. AGUSTÍN ALONSO ROCA, quien expresa el parecer de la Sala.

Se aceptan los de la sentencia de instancia, y

**PRIMERO :** En la causa de que el presente Rollo de Apelación dimana, por el JUZGADO DE LO PENAL Nº UNO DE SANTAN\_DER se dictó sentencia en fecha veinticuatro de Julio de dos mil trece, cuyo relato de Hechos Probados y Fallo, son del tenor literal siguiente:

*"HECHOS PROBADOS :*

*QUEDA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que el acusado D. MARIO , mayor de edad, con antecedentes penales, entre las 17:00 y 17:30 horas del día 3-6-2010, quien desempeña su función laboral en la condición de cuidador asistencial en el Centro de Adultos y Servicios de Disminuidos Psíquicos y Físicos bbbbbbbbbb, perteneciente a la Fundación Asilo de xxxx como así es conocido.*

*Dentro de sus funciones se encontraba la asistencia a los chicos en sus necesidades más básicas, si bien, ese día se estaba en un patio interior, en una zona apartada destinada a lectura y separada con biombos, junto a Berto, quien tenía bajados los pantalones y su ropa interior al tiempo que el acusado cogía su pene y con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le masturbaba, practicándole una felación.*

*Hecho del que fue sorprendido por una compañera de trabajo, Dª Lu, quien era señalada con la mano por Borja para avisar de su presencia, ya que Borja es incapaz de comunicarse con el lenguaje hablado al padecer una incapacidad del 79%, habiendo sido declarada su incapacidad judicial en Sentencia nº 110/05, de 4 de octubre, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 5 de Torrelavega, al padecer un deficiencia mental severa que le impide gobernarse por sí mismo.*

*Sorprendido el acusado en tal comportamiento frente a un chico del centro, ceso en su conducta.*

**FALLO :**

*QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a MARIO como autor criminalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal, de un delito de abuso sexual tipificado en el Art. 181.1º, 2º y 4º en relación al Art. 180.1.3º y 4º en su redacción anterior a la reforma del Código Penal de la LO 5/2010, de 22 de Mayo a la pena de dos años de prisión e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.*

*En concepto de responsabilidad civil, no habiendo pronunciamiento de responsabilidad civil, se declara la absolución como responsable civil subsidiaria, de la Fundaci6n xxxx.*

*Se imponen al condenado el pago de las costas procesales”.*

**SEGUNDO :** Por MARIO , con la representaci6n y defensa aludidas, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelaci6n, que fue admitido a trámite en virtud de providencia del Juzgado dictada al efecto, y dado traslado del mismo a las restantes partes, se elev6 la causa a esta Audiencia Provincial, Secci6n Tercera, en la que tras su examen, se ha deliberado y fallado el recurso.

**TERCERO :** En la tramitaci6n de este juicio en la alzada se han observado las prescripciones legales excepto la de dictar sentencia en el plazo sealado en el artícuo 792.1 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi\_nal, por acumulaci6n de asuntos pendientes y otros de naturaleza preferente.

#### **HECHOS PROBADOS**

**UNICO :** No se entra en el fondo del asunto al declararse nulidad de actuaciones.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO :** La sentencia de instancia condena al acusado como autor de un delito de abuso sexual tipificado en el artícuo 181.1, 2 y 4 del Código Penal en la redacci6n vigente en el día de los hechos.

Recurren en apelaci6n, por un lado, el acusado; y por otro, la Acusaci6n Particular.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Responsable Civil Subsidiaria se opusieron a los recursos, y los recurrentes se opusieron igualmente al recurso del contrario.

Como quiera que la defensa del acusado, entre los motivos que argumenta en su recurso de apelaci6n, menciona algunos hechos que pudieran dar lugar a nulidad parcial de actuaciones, comenzaremos el estudio de los recursos por estos concretos motivos, porque, de estimarse y acordarse esa nulidad que se impetra, resultaría innecesario tanto estudiar los restantes, como estudiar el recurso de apelaci6n interpuesto por la Acusaci6n Particular.

**SEGUNDO :** El primer motivo de apelaci6n de la defensa del acusado alega vulneraci6n del derecho de defensa del artícuo 24 de la Constituci6n en relaci6n con el derecho a un proceso con todas las garantías y en relaci6n con el principio de igualdad del artícuo 14 de la misma Carta Magna, al haberse vulnerado lo dispuesto en el artícuo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante la fase intermedia en el Juzgado de Instrucci6n Nº 5 de Torrelavega, y ello porque dicho Juzgado dio por concluso el plazo para formular escrito de defensa -en el que se contiene la proposici6n de prueba- cuando a la vista de lo actuado y en especial de los folios 163 y 164, 166 a 169, 181 y 223, se desprende que **nunca se le ha dado a la defensa traslado de las actuaciones**, originales o mediante fotocopia, en cumplimiento de lo estipulado en el citado artícuo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tambi6n se dice en el motivo que tampoco tuvieron acceso a las grabaciones en las que se contienen varias diligencias testificales, grabaciones que debieron haber sido transcritas tal y como exigi6 la Audiencia Provincial de Cantabria, Secci6n Primera, en la presente causa y a medio de su Auto Nº 242/2012 de 11 de Junio.

Resultado de todo ello es que no han podido formular escrito de defensa, ni proponer pruebas en forma para su práctca en el plenario, y aunque el Juzgado de lo Penal les ha dado vista de lo actuado e incluso entregado copia de las actuaciones, el trámite de proposici6n de prueba ya había precluido, por lo que no pudieron proponer la misma.

Expuesto todo ello en el debate preliminar previsto en el artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la juzgadora *a quo* rechazó la cuestión de nulidad propuesta mediante Auto de fecha 16-5-2013, formulándose protesta al respecto.

**TERCERO :** El motivo de nulidad propuesto ha de ser aceptado.

El artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "*Abierto el juicio oral, el Secretario judicial emplazará al imputado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con Abogado que le defienda y Procurador que le represente. Si no ejercitase su derecho a designar Procurador o a solicitar uno de oficio, el Secretario judicial interesará, en todo caso, su nombramiento. Cumplido ese trámite, el Secretario judicial **dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en el plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas***".

Examinados los dos tomos de actuaciones, se desprende lo siguiente:

1º) Lo primero que se constata es cierto desorden procesal en la ordenación de la causa.

En el Tomo I, que recoge las actuaciones realizadas en el Juzgado de Instrucción Nº 5 de Torrelavega, las actuaciones se encuentran foliadas (con alguna repetición, pues por ejemplo los folios 210 a 219 se repiten dos veces), pero los sobres conteniendo los DVDs con las grabaciones de las testificales practicadas durante la instrucción se han colocado sin orden ni concierto, y así: a) Entre los folios 95 y 96 se halla un sobre conteniendo un DVD con las declaraciones de las Sras. Lu y otros, declaraciones que sin embargo se diligencian a los folios 117 y 118; b) Al folio 129 se diligencia la declaración del Sr. Trigueros, mientras que el DVD que la contiene se encuentra en un sobre intercalado entre los folios 153 y 154; c) Entre los folios 138 y 139 se encuentra un sobre conteniendo un DVD con la declaración de la testigo Sra. Roiz, mientras que la diligencia de la misma obra al folio 154; d) En un sobre suelto al final del Tomo, con la leyenda "DVD RT. 446/2011" en azul y "Dilg. Previas 986/10 Instrucción Nº 5 Torrelavega" en rojo, se contiene una copia de las declaraciones de las Sras. Lorenzo y otros.

En el Tomo II, que recoge las actuaciones realizadas en el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Santander -que por cierto no están foliadas-, tras el acta de la segunda sesión del juicio oral -de la que no consta el DVD o DVDs en los que fue grabada- se encuentra la totalidad de la Pieza Separada de Medidas Cautelares tramitada en el Juzgado de Instrucción (ésta sí foliada) y tras ella se encuentra la sentencia y actuaciones sucesivas.

2º) Entrando ya en el examen de los motivos expuestos, tras el auto de apertura de juicio oral, que se dicta el 7-7-2011, **no consta** en la causa que al Procurador Sr. Bolado Gómez, que lo era en xxxx del acusado, se le haya dado traslado de las actuaciones, originales o mediante fotocopia. Aparte de un rosario de recursos, traslados de dichos recursos y autos resolviendo los mismos, no consta en autos ninguna diligencia de entrega de las actuaciones al Procurador de la defensa, tal como se establece en el artículo 784.1, párrafo primero, segundo inciso. Sí que hay, como se verá, una diligencia *ordenando* que se diera ese traslado, pero no se constata ni documenta la realidad del mismo. Por más que se han examinado detenidamente las actuaciones tal diligencia no aparece.

Hay una "nota" al folio 181, titulada "devolución por defectos formales", de fecha 7-9-2011, en la que el Encargado de la Sala de Notificaciones dependiente del Colegio de Procuradores constata que se persona en el Juzgado pero que no aparecen las actuaciones que se acuerda entregarle. Es poco posible que esas actuaciones a las que se hace referencia sean las fotocopias de la causa destinadas al Procurador del acusado, más bien parece estar en relación con algún traslado del recurso previamente interpuesto por la defensa del acusado contra el auto de prosecución dictado al amparo del artículo 779.1, regla cuarta, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en cualquier caso de tal nota lo que se infiere claramente es que dicho Procurador no recibió nada.

Hay una "diligencia de requerimiento" que se le hace al acusado el día 9-8-2011, obrante al folio 185, pero en esa diligencia no se dice qué se hace, ni consta a qué se le requiere. Suponiendo que se trate del requerimiento para que designe abogado y procurador (lo que no consta), o que se trate del emplazamiento (lo que tampoco consta), desde luego **lo que no es** es una diligencia de entrega de las fotocopias de la causa, que además debe hacerse al Procurador, no al acusado directamente.

En el escrito presentado el 22-9-2011 por el Procurador del acusado (folio 195), se dice que se le ha notificado el auto de apertura de juicio oral, pero no que se le haya dado traslado de las diligencias, ni originales, ni mediante fotocopia.

Tras la devolución por la Audiencia Provincial de la causa, se acuerda dar vista a las partes. Hasta ese momento no se constata ninguna diligencia de traslado de la causa, original o mediante fotocopia, al Procurador del acusado. Es más, cuando el Procurador Sr. Bolado presenta el escrito obrante al folio 220, en el que solicita la transcripción de las testificales grabadas en soporte digital, **claramente recuerda al Juzgado que no le ha dado traslado de las actuaciones** a los fines previstos en el artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando dice "... *para su unión a los Autos con carácter previo a dárseles traslado de los mismos para calificar*" -sic-.

La respuesta del Juzgado de Instrucción es el Decreto de 31-10-2012, del Sr. Secretario judicial, en el que se rechaza dicha transcripción, para, acto seguido, dictarse la **diligencia de ordenación** de fecha 12-11-2012 (folio 223), en la que **se acuerda el traslado de las actuaciones originales al Procurador Sr. Bolado para que en el plazo legal presente escrito de defensa**. Sin embargo, entre los recursos que se interpusieron y otras notaciones, **no consta que el Juzgado hiciera efectivo lo que se acordó en la citada diligencia de ordenación**, por más que se han examinado las diligencias posteriores a dicha diligencia de ordenación. En el auto dictado por el Juzgado de lo Penal, en el que se resuelven las cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado, se dice que esa diligencia de ordenación se notificó telemáticamente: no sabemos de dónde lo deduce la juzgadora. Pero aunque así hubiera sido, en cualquier caso lo que sigue sin constar es la entrega al Procurador de la causa, original o por fotocopias, a efectos de calificación.

Siguiendo con el Juzgado de Instrucción, mediante diligencia de ordenación de fecha 16-1-2013, sin haberse hecho entrega de las diligencias ni originales ni mediante fotocopia al Procurador Sr. Bolado, se da por transcurrido el plazo de presentación del escrito de defensa y se acuerda la remisión al Decanato de los Juzgados de lo Penal. Diligencia de ordenación que no consta documentado se notificara a nadie.

3º) Resultado final de todo ello es que la defensa no ha podido conocer la causa en su integridad, al no habersele hecho entrega de la misma ni haberse transcrito las grabaciones de las diligencias testificales efectuadas en fase instructoria, ni formular escrito de defensa, ni, sobre todo, poder proponer la prueba necesaria de cara al juicio oral, en el lugar oportuno y en el momento oportuno, que no es otro que en el referido escrito de defensa.

4º) Es cierto que la defensa del acusado, al personarse en el Juzgado de lo Penal, puso de manifiesto tal hecho (en los escritos de fechas 13-2-2013 y 4-4-2013), y que, como consecuencia de ello, la Sra. Secretaria del Juzgado de lo Penal, mediante diligencia de ordenación de fecha 25-4-2013, le hizo entrega de copia de todo lo actuado -no así de las transcripciones de las grabaciones (transcripciones que, por cierto, la Sección Primera de la Audiencia Provincial, en su Auto Nº 281/2011 de 10 de Junio, en su página 5, decía, textualmente, que era "*algo a lo que debería proceder el Juzgado*", refiriéndose al Juzgado de Instrucción)-. Ello lo sabemos no porque conste en la causa diligencia de entrega de tal copia, sino porque así lo dijo expresamente el Letrado de la defensa al formular las cuestiones previas, tal y como se comprueba en el DVD que recoge el debate preliminar.

Tras el rechazo de las mismas a medio del Auto de 22-5-2013 y la correspondiente protesta (escrito de 31-5-2013), la defensa aportó un informe pericial y presentó un escrito en el que anunciaba prueba que pretendía proponer en la continuación del juicio, escasamente con cinco días de antelación a dicha sesión.

No sabemos exactamente qué pasó en esa segunda sesión con la prueba propuesta, pues no está en la causa el DVD con la grabación de esa segunda sesión del juicio oral, y el acta, en este concreto extremo, resulta confusa, pues parece que se denegó parte de la documental propuesta, la Magistrada *a quo* denegó la pericial médico-forense alegando que "no estaba citado" y que se daba su dictamen por reproducido -con lo que se impedía a la defensa nada menos que intervenir la prueba que dictaminaba sobre el incapaz que es presunta víctima del delito enjuiciado-, así como dos testigos que no acudieron porque no fueron citados por el Juzgado manifestándose por la juzgadora que sus declaraciones "se dan por reproducidas", con la oposición expresa del Ministerio Fiscal a tal "reproducción", lo que hacía imposible dar por reproducidas aquellas declaraciones. Para terminar, y tal y como consta en el acta, la protesta por la inadmisión de la prueba formulada por el Letrado de la defensa se consignaba *antes* que la propia proposición de la prueba y su rechazo por la juzgadora.

Eso es lo que hay en la causa.

**CUARTO :** Resultado de todo lo expuesto es que el acusado no ha dispuesto de la necesaria igualdad de armas en el proceso. El no poder formular escrito de defensa -y subrayamos "no poder", que no es sinónimo de "no querer"- ya de entrada le impidió formular sus conclusiones provisionales pero sobre todo le impidió proponer pruebas, y eso es mucho más serio, porque causa ineluctablemente indefensión.

Las partes -todas- han citado en el debate la Sentencia Nº 479/2011 de 16 de Diciembre de la Sección Primera de esta Audiencia Provincial de Cantabria, que acordó la nulidad de lo actuado en un Procedimiento Abreviado por falta del traslado al acusado de la causa, mediante original o fotocopias. Dice dicha sentencia, en palabras que esta Sección Tercera también hace propias, que *"tal traslado no es opcional o potestativo; es preceptivo en los términos legalmente previstos y ello se explica sencillamente por ser el medio necesario para asegurar que la defensa tenga conocimiento pleno y total de las actuaciones, en los mismos términos que el resto de partes, singularmente que las partes acusadoras. Difícilmente se puede articular correctamente la defensa frente a una grave acusación penal cuando ello ha de hacerse sin poder examinar, con la debida tranquilidad y comodidad, sin las limitaciones de espacio y tiempo derivadas de un examen en sede judicial, el contenido completo de la causa penal. No se plantea, quizá porque no se concibe en las resoluciones que se han dictado por el Juzgado de Instrucción o el Juzgado de lo Penal, que el Ministerio Fiscal califique sin el traslado de las actuaciones, con el único acceso a las mismas producido tras la visita desde el lugar de su destino a aquella localidad en que se encuentra el Juzgado de Instrucción mediante su consulta o que el juez dicte sus resoluciones con el único conocimiento de la causa producido de esta manera. Sin perjuicio de que el escrito de defensa pueda, en ocasiones, adoptar una forma aparentemente simple -limitándose a la negación de los correlativos de la acusación-, no por ello el traslado de las actuaciones deja de ser una diligencia relevante para el ejercicio del derecho de defensa, singularmente en casos de causas complejas y voluminosas, pues el acceso a las actuaciones no sólo permite a la parte presentar tal escrito sino analizar con detalle las distintas declaraciones prestadas en instrucción, la forma en que se han practicado las actuaciones en que hayan podido limitarse los derechos fundamentales de los imputados, las incidencias producidas en fase de instrucción, de manera que luego pueda desarrollarse con eficacia la tarea de defensa del imputado, tarea que no es el desarrollo de una mera posición procesal sino el ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de defensa del imputado en un proceso penal. Y es que es sustancial la diferencia entre el traslado de las actuaciones -que impone una carga al órgano judicial para permitir un contacto directo de la parte con el total material de la causa, sin limitación ni cortapisa- y su puesta a disposición -prevista para determinados recursos, como el de apelación contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal y que precisamente tiene sentido porque la parte ya ha recibido previamente el traslado de todo lo actuado de manera que puede, mediante el examen en la sede del órgano judicial, completar el conocimiento de las diligencias o resolver eventuales dudas que le pudieran surgir en relación con alguna concreta actuación procesal posterior al traslado"-.*

Tal ausencia de traslado ha de producir indefensión. No es suficiente la certeza de haber infringido las normas procesales para que aquélla concurra, y, como recuerda el Tribunal Constitucional, no la hay cuando, aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación entre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien porque resulte acreditado que el interesado, pese al defecto, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

La indefensión supone impedir u obstaculizar el ejercicio en el proceso de los propios derechos; entre otras razones, se produce cuando el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio pleno del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SsTC 106/1983, 48/1984, 149/1987, 163/1990, 8/1991, 33/1992, 270/1994, 15/1995, 91/2000 ó 109/2002).

En el presente caso no ha habido sólo un incumplimiento procesal, sino que se ha infringido el derecho a la defensa, porque:

1º) A la falta de traslado para evacuar el escrito de defensa ha de añadirse la distinta forma de documentar las diligencias instructorias, algunas mediante documentación escrita (declaraciones del Sr.mmmm del Sr. bbbb, de la Sra. rrrrr o del propio acusado, declaraciones

todas ellas en las que el Letrado de la defensa Sr. Monteoliva *no* intervino por hacerlo otro Letrado distinto), otras mediante grabación en soporte digital DVD (declaraciones de los Srs. A, b y c, en las que el Letrado Sr. Monteoliva *sí* intervino, pero sin que conste que se le entregara acto seguido copia del DVD con la grabación, mucho menos transcripciones de lo manifestado en esas declaraciones). El Letrado Sr. ni tuvo copia de las declaraciones escritas hasta veinte días antes de la celebración del juicio en su primera sesión, ni tuvo copia de las grabaciones, ni se efectuó por ningún Juzgado transcripción de lo declarado en éstas. Difícilmente podía el Letrado satisfacer en aras de la defensa de su cliente los principios de intervención y contradicción característicos del debate plenario cuando no había podido tomar total conocimiento de todo lo que se dijo e hizo en la instrucción. No acierta la Sala a ver de qué manera podía quien no había tenido traslado de la causa poder hacer patentes supuestas contradicciones entre lo dicho en la instrucción y lo dicho en el plenario. Evidentemente, ya le dejó bien claro en el debate preliminar la juzgadora de instancia que lo que no iba a hacer de ningún modo era reproducir en el plenario las grabaciones de la instrucción, en todo o en parte. Y no es de recibo alegar que el Letrado estuvo presente en las declaraciones grabadas y que sólo por eso tenía que acordarse de todo lo allí acontecido, de la misma manera que no puede exigírsele a un juez que se acuerde perfectamente de juicios celebrados varios años antes.

2º) No ha habido igual trato procesal a todas las partes. El Ministerio Fiscal calificó teniendo delante la causa original; la Acusación Particular no consta que se le diera materialmente el traslado, pero debió dársele, al haber formulado escrito de acusación. A la Defensa no consta que se le haya dado dicho traslado. Lo que supone desigualdad procesal.

3º) La causa además, como hemos dicho *ut supra*, no es un modelo de pulcritud procesal.

4º) Tampoco puede decirse que la limitación del derecho de defensa se deba a la omisión voluntaria, pasividad, negligencia, impericia o error de la propia defensa técnica. Todo lo contrario. La defensa ha solicitado continuamente el traslado de la causa original o por fotocopias en varios momentos procesales. Lo que sucede es que el Juzgado de Instrucción no se la ha dado, ni físicamente, ni telemáticamente, ni de ninguna otra forma.

5º) Y tampoco puede decirse, como dijo la Sra. Fiscal en el debate preliminar, que la defensa lo que tenía que haber hecho era haber recurrido, pues, aparte de que la defensa ya recurrió todo lo que podía recurrir, la diligencia de ordenación de fecha 16-1-2013, que es la resolución en la que **materialmente** se le causa indefensión al acusado, pues es la que da por precluido el plazo para formular escrito de defensa, no consta notificada a las partes, a ninguna. No obstante, la defensa del acusado sí presentó un recurso contra la diligencia de ordenación de fecha 7-2-2013 de la Secretaria del Juzgado de lo Penal Nº 1, que le fue desestimado, y en el que manifestaba conocer la de fecha 16-1-2013 y hablaba de un recurso que no consta en autos haya sido presentado. Por otro lado, y en primer lugar, mal podía recurrir diligencias en el tramo final de la fase intermedia, cuando tales vulneraciones donde debía exponerlas, como de hecho hizo, era en el plenario, y en segundo lugar, mal podía recurrir una diligencia de ordenación dictada por el Juzgado de Instrucción ante el Juzgado de lo Penal, y cuando la causa ya estaba en el Juzgado de lo Penal.

Finalmente, y aquí retomamos la cita de la Sentencia de la Sección Primera Nº 479/2011 de 16 de Diciembre, "*respecto de la posibilidad de considerar remediada la infracción procesal por la entrega de fotocopia de actuaciones en el Juzgado de lo Penal, si bien debe ponderarse el voluntarioso esfuerzo de este órgano en realizar un trámite que tenía que haber efectuado el Juzgado de Instrucción, se considera que ni por su objeto ni por el momento en que se realiza puede subsanar la indefensión padecida en la causa por las defensas que recurren. Se trata de un trámite cuyo objeto, a falta de resolución judicial expresiva de ello, debe entenderse como una forma de garantizar a las defensas afectadas que podrían actuar con igualdad de armas durante el juicio cuya fecha de celebración ya estaba señalada; pero no preveía ni se permitía a la defensa que presentase escrito de conclusiones provisionales ni que solicitase la práctica de prueba ni que impugnase las pruebas propuestas de contrario*".

Además, la entrega de fotocopias de la causa se hizo apenas quince días antes del juicio. Aunque se entendiera salvada la indefensión en el Auto dictado antes de la prosecución del juicio, no se subsanaba la indefensión ya consumada en el Juzgado de Instrucción y que tenía necesariamente reflejo en el juicio al haber privado a dicha parte de la posibilidad de presentar alegaciones, proponer pruebas e impugnar otras pruebas que precisamente debían surtir efectos en dicho juicio. *Item* más, a pesar de la proposición de prueba extemporánea y anómala que intentó la defensa, varios testigos no acudieron al juicio, se impidió la intervención y contradicción de la prueba pericial médico-forense, de más que singular importancia, y tampoco se hizo entrega a la defensa de las

transcripciones de las grabaciones, el conocimiento de cuyo contenido le habría facilitado a la defensa la intervención y contradicción de los testigos que depusieron en la instrucción de esa manera.

Ha habido pues indefensión, y como la ha habido, ha de declararse la nulidad de todo lo actuado desde el emplazamiento del acusado en adelante. La causa se devolverá al Juzgado de lo Penal, para constancia del contenido de la presente resolución, y éste deberá remitir la causa al Juzgado de Instrucción, para que por su Secretario se haga entrega material de la causa, original o por fotocopias, al Procurador del acusado, incluyendo en esa entrega las transcripciones de las grabaciones testificales hechas en soporte digital (DVD), algo que ya había ordenado la Sección Primera de esta Audiencia Provincial en las dos resoluciones que ha dictado en la presente causa.

Una vez se haya cumplido dicho trámite, procederá la remisión al Juzgado de lo Penal para que, **por distinto/a Magistrado/a** se celebre nuevamente el juicio, habida cuenta que su titular ha quedado "contaminada", al haber estado en contacto directo con las fuentes de prueba y haberse pronunciado sobre el fondo.

La nulidad apreciada hace innecesario el estudio de los demás motivos del recurso, así como el del recurso interpuesto por la Acusación Particular.

**QUINTO :** Las costas de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser declaradas de oficio, a la vista de la estimación parcial del recurso.

Por cuanto antecede, VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en ejercicio de la potestad jurisdiccional conferida por la Soberanía Popular y en nombre de Su Majestad El Rey,

#### **FALLAMOS :**

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de MARIO , contra la sentencia de fecha veinticuatro de Julio de dos mil trece dictada por el Juzgado de lo Penal Nº UNO de Santander, en los autos de Juicio Oral Nº 33/2013, a que se contrae el presente Rollo de Apelación, debemos revocar y revocamos la misma, y en su lugar acordamos la NULIDAD de las actuaciones, desde el emplazamiento del acusado en el Juzgado de Instrucción en adelante, debiendo el Juzgado de Instrucción dar efectivo traslado, original o por fotocopias, de la causa al Procurador de la defensa con diligencia de constancia expresa, con remisión posterior al Juzgado de lo Penal, debiendo repetirse el juicio con distinto/a juzgador/a.

No se hace pronunciamiento sobre costas en ninguna de las dos instancias.

Y con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. E/