

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN TERCERA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - HIRUGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41 2ª planta - CP/PK: 20007
Tel.: 943-000713 Faxa: 943-000701

NIG PV / IZO EAE:

NIG CGPJ / IZO BJKN :

**RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko
apelazioko erroilua - - M**

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua

Juzgado de lo Penal nº 3 de Donostia / Donostiako Zigor-arloko 3 zk.ko Epaitegia
Atestado nº/ Atestatu-zk.:
590A

Apelado/a / Apelatua: EL FISCAL -

SENTENCIA Nº 10/2018

Ilmos. Sres.

D^a. JUANA MARÍA UNANUE ARRATIBEL
D^a. MARÍA DEL CARMEN BILDARRAZ ALZURI
D. JORGE JUAN HOYOS MORENO

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 3 de esta ciudad se dictó Sentencia con fecha 1 de Septiembre de 2017.

SEGUNDO.-Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de interpone Recurso de Apelación. Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 24 de noviembre de 2017, siendo turnadas a la Sección 3ª y quedando registradas con el número de Rollo, señalándose para la Votación, Deliberación y Fallo el día 09.01.18, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO.-En la tramitación de este juicio se han observado las formalidades legales.

Ha sido Ponente en esta instancia el Ilmo. Sr. Magistrado JORGE JUAN HOYOS MORENO.

Hechos probados

No se hace declaración de hechos probados

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Debate jurídico.

I.- Con fecha 1 de septiembre de 2017 se dictó Sentencia por la Magistrada que sirve el Juzgado de lo Penal nº 3 de Donostia-San Sebastián, resolución cuyo fallo es del siguiente tenor:

Que debo condenar y condeno a ...como autor de un delito de robo con intimidación, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos años, y pago de costas.

II.- La representación procesal del acusado interpuso recurso de apelación. Alega:

- Nulidad del juicio por infracción del art. 786 de la Lecrim.: la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia surge cuando se efectúa una citación al acusado que produce un conocimiento efectivo y, por tanto, que la ausencia sea el resultado de una decisión voluntaria.

La defensa solicitó como cuestión previa la suspensión de la vista oral; se ha producido una clara indefensión por lo que solicitan la nulidad del juicio y que se produzca un nuevo enjuiciamiento tras una nueva citación con las garantías debidas.

- Error en la valoración de la prueba: no existe actividad probatoria de cargo suficiente; en la vista oral nadie identifica “en su momento” al detenido como autor material de los hechos; el testigo Sr. Arragouch dice que *“creo que sí era ... supongo que sí porque es la única persona que estaba allí”*.

Tampoco el testigo Sr. ni los agentes de la Policía realizan apreciaciones respecto a la autoría por lo que existe una duda lógica, más cuando al acusado no se le encuentra el teléfono móvil.

Nadie vio la presencia de una navaja, por lo que no puede asegurarse que el condenado hiciera uso de armas u otros medios peligrosos.

- Inaplicación indebida del art. 16 del CP: El delito no ha sido consumado; en los delitos patrimoniales la consumación efectiva viene vinculada a la libre disponibilidad de los efectos sustraídos; no existe consumación cuando el autor es detenido en una persecución inmediatamente después del hecho pues no hay libre disponibilidad.

Por ello, solicita que se rebaje la pena en dos grados y se imponga en su grado mínimo.

III.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso de apelación.

Dice que no consta el motivo por el que el encausado no acudió al juicio y su citación se realizó en forma legal y la pena permitiría la celebración en ausencia; solo se invoca que era el primer señalamiento.

En relación a los hechos indica que la víctima fue concluyente en su declaración, ratificada por dos testigos; el móvil se recuperado en un punto coincidente con la trayectoria seguida por el autor; la falta de localización de la navaja u objeto intimidante no impide su apreciación pues el acusado pudo deshacerse del mismo arrojándolo a una zona de vegetación o al mar.

El delito se consumó de forma plena y cuando el autor se desprendió del móvil forma parte de otra fase posterior a la consumación.

SEGUNDO.- Celebración del juicio en ausencia del acusado.

I.- La parte recurrente aduce, en primer lugar, que la celebración del juicio en ausencia del acusado no se ajustó a las previsiones contempladas en el art. 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por tanto, interesa la nulidad de la Sentencia recaída en la instancia por incumplimiento de los presupuestos contenidos en el art. 786 de la Lecrim.

Dicho precepto establece: *La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.*

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el art. 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio.

Por su parte, el art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala: “*En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el art. 786*”.

II.- Según la regulación expuesta, no cabe negar la conformidad a la Constitución de la posibilidad del juicio penal *in absentia*, en los términos y condiciones fijadas en la ley que han sido especialmente avaladas por el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 91/2000). Ahora bien, el aval constitucional de dicha posibilidad no desplaza la necesidad de someterla a un estándar riguroso de interpretación restrictiva pues no puede desconocerse que la misma implica un coste relevante, en términos de sacrificio, de derechos del inculpado. El Tribunal Constitucional ha establecido, como no podía ser de otra manera, que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que se ha denominado "contenido absoluto" de los derechos fundamentales. En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, se ha calificado como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994 y la más reciente STC 13/2006). La vista oral no es una simple secuencia del proceso penal, sino el momento decisivo en el que con publicidad y plena contradicción se debate acerca de la fundamentación de las pretensiones de condena y la fuerza de convicción de las pruebas aportadas por la acusación y la defensa.

En lógica consecuencia, el Tribunal Constitucional, en una lectura compatible del procedimiento especial en ausencia con las exigencias derivadas del proceso justo, ha establecido un programa rígido de condiciones de realización afirmando que ésta

sólo es posible si se garantiza suficientemente el derecho del acusado a defenderse en un juicio contradictorio, dándole, mediante la citación que produzca un conocimiento efectivo, oportunidad de comparecer en él con anterioridad para que pueda conocer los hechos que se le imputan y garantizándole, en cualquier caso, la posibilidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal en ausencia, sin que tal posibilidad haya de extenderse necesariamente a los pronunciamientos civiles de la sentencia (STC 135/1997).

III.- La defensa del acusado señala que la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia surge cuando se efectúa una citación al acusado que produce un conocimiento efectivo y, por tanto, que la ausencia sea el resultado de una decisión voluntaria.

En el caso presente, del examen de las actuaciones remitidas al Tribunal hemos de destacar a estos efectos los siguientes datos de interés:

- En fecha 9 de mayo de 2016 se recibe declaración en calidad de investigado al Sr. en la que designa el domicilio situado en la calle, de San Sebastián a los efectos del art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (f. 60 a 63).

- En el f. 206 consta una Diligencia negativa de citación practicada en el domicilio situado en la calle Intxaurren, nº 30 de San Sebastián, el día 17 de marzo de 2017, en la que se consigna que *"comunican en este centro que no le conocen"*.

- En el f. 207 y 208 consta que se deja aviso en el indicado domicilio en fecha 10 de marzo de 2017 para que el interesado comparezca en el Servicio Común de Notificaciones y Embargos.

- Mediante Providencia de 23 de marzo de 2017 (f. 211) se oficia a las Fuerzas de Seguridad para que a la mayor brevedad sea localizado el acusado y le citen al objeto de asistir al juicio oral, gestiones que dan resultado negativo.

- Mediante Providencia de 25 de mayo de 2017 (f. 240) se tiene al acusado por citado con el efecto de poder celebrarse el juicio al haberse practicado el requerimiento previsto en el art. 775 de la Lecrim.

- En el juicio oral celebrado en el Juzgado de lo Penal el día 30 de mayo de 2017, según se constatan en la grabación videográfica, el Ministerio Fiscal interesó la celebración del juicio en ausencia del acusado, a lo cual se opuso de manera expresa la defensa. La Magistrada resolvió *in voce* la celebración del juicio *in absentia* dado que el acusado se había sido citado en legal forma y se habían efectuado las averiguaciones por la Policía.

IV.- A la vista de estos antecedentes, hemos de concluir que en efecto, como arguye la defensa, no se ha producido una efectiva citación al acusado en virtud de la cual éste tuviera conocimiento cierto e indubitado de la celebración del juicio oral ni tampoco se ha llevado a cabo la citación en el domicilio facilitado o a la persona designada por el investigado en la fase de instrucción.

A estos efectos, hemos de tener en cuenta que el acusado con motivo de su declaración en el Juzgado de Instrucción en calidad de investigado consignó como domicilio, a efectos de citaciones, el situado en la calle Intxaurreondo, nº, de la ciudad de San Sebastián.

Pero tras el examen de las actuaciones remitidas a este Tribunal debemos señalar que no se produjo una citación efectiva en dicho domicilio, pues obra en la causa que personado en dicho lugar el/la funcionario/a del Servicio Común de Actos de Comunicación y Ejecución el día 17 de marzo de 2017 se practicó una autodenominada *Diligencia negativa de citación* (f. 206) en la que además se consignó expresamente que “*comunican en este centro que no le conocen*”.

Asimismo, consta en los folios 207 y 208 que se deja aviso el día 10 de marzo de 2017 en el indicado domicilio para que el Sr. comparezca en el Servicio Común de Notificaciones y Embargos.

Es decir, en puridad se no llevó a cabo ninguna citación en el domicilio designado por el acusado, sino que se acudió a dicho domicilio y al no ser hallado se dejó aviso para que acudiera al Servicio Común de Notificaciones y Embargo, circunstancia que no consta que ulteriormente se produjera.

Por consiguiente, no se cumplieron las ineluctables exigencias estipuladas al respecto en el mencionado art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que, en realidad, ni se realizó la citación en el domicilio indicado, pues simplemente se dejó aviso para que el acusado se personara en el servicio correspondiente a los efectos de ser citado, ni tampoco, en todo caso, se llevó a cabo la citación a la persona designada en el momento de la declaración sumarial (pues el investigado no designó a ninguna persona a estos efectos).

En este sentido, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta *ut supra*, el enjuiciamiento *in absentia* ha de someterse a un parámetro riguroso de interpretación restrictiva en cuanto que es indiscutible el sacrificio que presenta para los derechos del afectado, motivo por el que en el presente caso, al no llevarse a cabo una efectiva e inconcusa citación en el domicilio designado, consideramos que es claro que se han vulnerado los derechos procesales de la parte acusada, causándola una indiscutible indefensión por tal razón, lo cual indefectiblemente ha de comportar, como solicita de forma expresa la defensa en su escrito de impugnación, la declaración de la nulidad del acto del juicio oral celebrado en el Juzgado de lo Penal.

TERCERO.- Al estimarse el presente recurso de apelación, es procedente, conforme al artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declarar de oficio las costas devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

Fallamos

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a., en nombre y representación de D., contra la Sentencia dictada en fecha 1 de septiembre de 2017, por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Donostia-San Sebastián, y acordamos la nulidad del juicio oral celebrado el día 30 de mayo de 2017 (y consiguientemente de la Sentencia recaída), debiendo procederse a la celebración de un nuevo juicio con un Magistrado/a diferente y, en su caso, con la correspondiente compensación.

Se declaran de oficio las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que frente a la misma cabe recurso de casación en los supuestos expresamente previsto en el apartado b) de art 847 en relación con el art 849-1º de la L.E.Criminal.

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

PUBLICACION.- Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por los Magistrados que la dictaron, una vez celebrada audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia doy fe.