

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066641

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 417/2023, de 31 de mayo de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3464/2021

**SUMARIO:****Proceso penal. Derecho a la asistencia letrada. Indefensión. Covid-19. Asistencia telemática de abogado. Suspensión de juicio. Incomparecencia de letrado. Tutela judicial efectiva.**

Acusación particular desistida ante la incomparecencia del letrado que había solicitado asistir telemáticamente con apoyo en el art. 14 de la Ley 3 /2020 de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. El letrado sabía que se la había denegado la solicitada asistencia telemática, estaba convocado para asistir a las sesiones del juicio oral, y decidió unilateralmente no hacerlo, sin haber llegado a justificar causa que impidiera su desplazamiento. No puede hablarse de indefensión, cuando la misma, de haber existido, derivó de su propio comportamiento, por lo que no ha lugar a acordar la nulidad del juicio.

Concedida inicialmente una posterior diligencia de ordenación denegó la intervención telemática, por lo que no hubiera estado de más que en este caso se hiciera alguna consideración en relación al cambio de criterio o el motivo de la negativa. Ahora bien, estos extremos son insuficientes para sustentar una vulneración legal o constitucional capaz de generar la indefensión material. La autorización de asistencia del letrado de la acusación particular por vía telemática al acto del juicio oral excede de las facultades de decisión del Letrado de la Administración de Justicia, cuando lo es en relación a un acto presidido por el Tribunal, es decir, una actuación jurisdiccional, cual es, como en este caso, el juicio oral y solo al Tribunal incumbe esa decisión.

Respecto a la legitimación para recurrir en casación, el recurso está diseñado para la tutela de intereses propios y requiere que quien pretenda la revisión presente un gravamen. En este caso el recurrente intervino en su condición de acusación particular a lo largo del procedimiento, llegando a formular escrito de acusación. Condición en la que fue tenido y se mantuvo hasta el acto del juicio oral donde, en el trámite de cuestiones previas, fue expulsado por incomparecencia. Contra tal decisión no cabe otra vía de revisión que el recurso contra la sentencia que se dictó a resultas del juicio. Siendo esta la decisión que se recurre, su legitimación para recurrir queda fuera de toda duda.

**PRECEPTOS:**

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 144 bis, 746 y 786.2.  
Constitución Española, art. 24.

**PONENTE:**

*Doña Ana María Ferrer García.*

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 417/2023

Fecha de sentencia: 31/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3464/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2023

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3464/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

### SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García  
D. Vicente Magro Servet  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 31 de mayo de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación num 3464/21 por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la acusación particular, ejercida por D. Everardo, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Azpeitia Bello, bajo la dirección letrada de D. Otto Cameselle Montis contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 25 de marzo de 2021 (Sec. 1.<sup>a</sup>, Rollo PA 1156/17). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, D. Gustavo representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Concepción Rey Estévez bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Mercedes Sánchez Sánchez, D. Ildefonso representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Laura González Montalvo bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> José Carrero García, D. Julio y D. Lázaro representados por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Mireia Balaguer Bataller, el primero y D.<sup>a</sup> Cristina del Alcázar Viladomiu, el segundo.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

El Juzgado de Instrucción num. 25 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado num. 2435/2010, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 25 de marzo de 2021, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- El 1 de diciembre de 2006, la sociedad NUEVO SOL GRANADELLA S.L., siendo administrador único de la misma D. Romeo y representada por éste, vendió la vivienda n.º NUM000 letra NUM001 en la URBANIZACION000 Parcela DIRECCION000 en el municipio de Santa Eulalia (Ibiza), en contrato privado de compraventa a la entidad DEUTCH PROPERTY S.L., por un precio de 570.480 euros más IVA, abonándose 122.082,72 euros en efectivo a la firma de dicho contrato privado, difiriéndose el resto al momento de la entrega de llaves y firma de la correspondiente escritura pública.

Respecto de la vivienda indicada, el 15 de octubre de 2008 la sociedad NUEVO SOL GRANADELLA S.L., siendo administrador único de la misma D. Ildefonso y representada por D. Julio, la vendió en escritura pública de compraventa a la entidad ASSHI ASESORES DE MARKETING COMUNICACIÓN Y PUBLICIDAD S.L. y BANCAJA.

La entrega de las llaves y de la vivienda a DEUTCH PROPERTY S.L. no llegó a producirse, instando ésta en el procedimiento ordinario 757/2009 ante el Juzgado de la Instancia nº 1 de Ibiza la resolución del contrato por incumplimiento contractual, dictándose sentencia de 28 de octubre de 2009 estimando la demanda con allanamiento de la demandada, acordando la resolución del contrato de 1 de diciembre de 2006 por incumplimiento contractual de la vendedora NUEVO SOL GRANADELLA S.L. y condenándola a devolver la cantidad de 154.029,60 euros más los intereses legales, sin que conste que a la fecha se haya devuelto.

### **Segundo.**

El 8 de septiembre de 2005, la sociedad NUEVO SOL GRANADELLA S.L., siendo administrador único de la misma D. Clemente y representada por éste, vendió en contrato privado la vivienda nº NUM002 letra NUM001 en la URBANIZACION000 Parcela DIRECCION000 del municipio ibicenco de Santa Eulalia a la entidad SERCOM MTC, S.L., representada por D. Millán, abonando esta última entidad en dicho momento mediante cheque la cantidad de 50.287,86 euros, otro tanto mediante letras de cambio desde dicha fecha hasta el 1 de agosto de 2007 y difiriéndose el resto del precio al momento de entrega de llaves y otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

El 29 de julio de 2005, la sociedad NUEVO SOL GRANADELLA S.L., siendo administrador único de la misma D. Clemente y representada por éste, vendió en contrato privado la vivienda nº NUM003 letra NUM001 en la URBANIZACION000 Parcela DIRECCION000 del municipio ibicenco de Santa Eulalia a D. Juan Pedro, abonando éste en dicho momento mediante cheque la cantidad de 45.819,54 euros, otro tanto mediante letras de cambio desde el 1 de septiembre de 2005 hasta el 1 de agosto de 2007 y difiriéndose el resto del precio al momento de entrega de llaves y otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

El 21 de abril de 2009, la entidad NUEVO SOL GRANADELLA S.L., siendo administrador único de la misma D. Ildefonso y representada por éste, otorgó escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario de una serie de viviendas entre las que se encontraban las mencionadas números NUM002 NUM003, a la entidad CISA CARTERA DE INMUEBLES S.L.

Con fecha 23 de abril de 2009, la entidad SERCOM MTC. S.L. remitió burofax a la entidad vendedora NUEVO SOL GRANADELLA S.L., en relación con la vivienda nº NUM002 de la promoción indicada, dando por resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de la entidad promotora e interesando la devolución de las cantidades entregadas, instando frente a dicha entidad procedimiento ordinario 660/2009 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Ibiza, que concluyó con sentencia de 9 de noviembre de 2009 estimando la demanda de resolución del referido contrato de compraventa con allanamiento de la entidad demandada, que fue condenada a la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por 100.575,52 euros más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, y sin que conste que a día de hoy se hayan devuelto estas cantidades.

Por su parte, D. Juan Pedro instó frente a la entidad promotora NUEVO SOL GRANADELLA S.L. el procedimiento ordinario 1170/2009 seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Ibiza, presentando la representación procesal de NUEVO SOL GRANADELLA S.L. escrito allanándose a dicha demanda, sin que conste la resolución dictada. No consta que a la fecha NUEVO SOL GRANADELLA S.L. haya devuelto a D. Juan Pedro las cantidades referidas".

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a los acusados D. Lázaro, D. Clemente, D. Gustavo, D. Julio y D. Ildefonso de los delitos de estafa por los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables. Se declaran de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebrantamiento de forma, en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.

Notifíquese asimismo a los perjudicados y ofendidos por los delitos aunque no sean parte en la causa".

### **Tercero.**

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

**Cuarto.**

El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.2º LECRIM, en relación con los artículos 746 y 802.2 del mismo cuerpo legal y al artículo 24 de la CE, por no haber procedido a la suspensión del acto del juicio oral concurriendo una causa incidental que por cualquier causa fundada no pudiera decidirse en el acto.

2º.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850. 2º LECRIM, en relación con el artículo 14.1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19, por no admitir la intervención telemática del Letrado de la acusación.

3º.- Por infracción del derecho de defensa y asistencia letrada al amparo del artículo 5. 4º LOPJ en relación con el artículo 24.1 CE, por haber continuado la tramitación del acto del juicio oral sin la presencia del abogado de la acusación.

4º.- Por infracción de derecho a la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 5.4 LOPJ, en relación con los artículos 238 BIS LECRIM y 24 CE, por no haber procedido a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2021, ni el resto de los escritos procesales.

5º.- Por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías al amparo del artículo 5. 4º LOPJ en relación con el artículo 207 LEC, por contravenir lo dispuesto en la diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2021 en claro detrimento de la cosa juzgada material.

6º.- Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la CE, por incongruencia omisiva de motivación en la sentencia de 25 de marzo de 2021.

7º.- Infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ en relación con los artículos 24.1 y 120.3 de la CE, por arbitrariedad e incongruencia omisiva de motivación en la diligencia de ordenación de 14 de febrero de 2021.

**Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**

Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 30 de mayo de 2023.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

- Contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid se presenta recurso por la representación de Everardo, interviniente en el procedimiento como acusación particular hasta que en la primera sesión del juicio oral se tuvo a tal acusación por apartada ante la incomparecencia al acto del letrado que defendía sus intereses. Es en concreto este punto el que se combate, al considerar la parte recurrente que esa incomparecencia estuvo justificada, por lo que entiende que la decisión de tenerla por desistida y apartada del procedimiento, y la ulterior celebración del juicio que concluyó con el dictado de la sentencia absolutoria, formalmente atacada en casación, han vulnerado, entre otros extremos, la garantía de tutela judicial efectiva de los recurrentes. Por ello solicitan la nulidad de la sentencia y retroacción de las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio.

1. Antes de abordar el recurso hemos de dar respuesta a la petición deslizada por la defensa del acusado absuelto, Julio, que en su escrito de impugnación del recurso niega a Everardo legitimación para recurrir en casación. Entiende que el mismo no goza de la condición de parte en el juicio criminal del que dimana la sentencia contra la que interpone recurso, ya que se le tuvo por desistido como acusación particular al inicio del mismo.

2. El artículo 854 LECRIM permite interponer la casación, además de al Ministerio Fiscal, a los que hayan sido partes y a quienes sin haberlo sido resulten condenados en la sentencia y a los herederos de unos y otros.

El recurso de casación está diseñado para la tutela de intereses propios y requiere que quien pretenda la revisión presente un gravamen. En este caso el recurrente intervino en su condición de acusación particular a lo largo del procedimiento, llegando a formular escrito de acusación. Condición en la que fue tenido y se mantuvo hasta el acto del juicio oral donde, en el trámite de cuestiones previas, fue expulsado por incomparecencia. Contra tal

decisión no cabe otra vía de revisión que el recurso contra la sentencia que se dictó a resultas del juicio ( artículo 786.2 LECRIM). Siendo esta la decisión que se recurre, su legitimación para recurrir queda fuera de toda duda.

## Segundo.

1. Adentrándonos ya en el recurso formulado, explica el antecedente de hecho primero de la sentencia recurrida que "Las sesiones del juicio oral se desarrollaron entre los días 1 y 4 de marzo de 2021. Al comienzo de las mismas, el día lunes 1 de marzo, la Sala tuvo por desistidas en sus acusaciones particulares a D. Everardo y a D. Juan Pedro, SERCOM M.T.C., S.L. y DEUTCH PROPERTY, por incomparecencia de los mismos y de sus defensas a pesar de hallarse correctamente citados, todo ello de conformidad con cuanto fue expuesto en el acto del juicio por la Presidenta de la Sala(...) Por lo que respecta a D. Everardo, habiéndosele denegado la posibilidad de comparecer por medios telemáticos mediante diligencia de ordenación de 24 de febrero, no compareció el día del juicio, limitándose a presentar un escrito con fecha de entrada el 26 de febrero y otro el mismo día 1 de marzo reiterando su solicitud de comparecer por esos medios".

Aclara el recurso que a esa primera diligencia de ordenación precedió otra fechada el 18 de febrero de 2021, que, atendiendo la petición formulada por la representación de la acusación particular concernida, autorizó al letrado que ejercía la defensa de sus intereses, con despacho profesional en Baleares, a comparecer de manera telemática al juicio que estaba señalado para celebrarse a partir del día 1 de marzo, requiriéndole para que manifestase el medio que pretendía utilizar. Y fue precisamente en respuesta al escrito en el que designaba tales medios de contacto (sistema de videoconferencia Cisco Meeting), cuando la diligencia de ordenación de 24 de febrero, en contradicción con lo ya acordado, le denegó tal autorización. Contra tal denegación el ahora recurrente formuló recurso reposición, que se presentó a las 14.26 horas del 26 de febrero de 2021 (viernes). El juicio estaba señalado para la mañana del 1 de marzo de 2021 (lunes).

Además explica que presentó un escrito el mismo viernes 26 de febrero poniendo de manifiesto la contradicción en la que se ha incurrido, ante la posibilidad de que se tratara de un mero error, solicitando la rectificación.

Añade que ese mismo viernes 26 de febrero mantuvo varios contactos telefónicos con personal de la secretaría de la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial de Madrid intentando se le aclarara la situación, sin que esto se produjera. El mismo día del comienzo de las sesiones, 1 de marzo 2021, además de varios intentos de contacto telefónico con el Tribunal, el Letrado recurrente, que permanecía en Baleares, remitió correo electrónico a la Audiencia Provincial informando que se encontraba a la espera de recibir las claves para proceder con su intervención telemática. Sin embargo, como se recoge en el antecedente de la sentencia arriba transcrito, el Tribunal a la hora señalada comenzó las sesiones del juicio y habiéndole denegado la intervención telemática, acordó tener a la acusación particular que el letrado defendía por desistida ante incomparecencia, tanto del letrado como del interesado o su representante.

Entiende el recurso que la actuación del Tribunal vulneró la garantía de tutela que le asiste en el ejercicio de la acusación particular, causándole efectiva indefensión, lo que trata de articular a través de siete motivos de recurso que denuncian lo que a su criterio integran quebrantamientos de forma o de normas constitucionales.

Desde esa óptica vamos a abordar de manera conjunta los motivos de recurso, encaminados todos ellos a obtener la nulidad de lo actuado, con la consiguiente retroacción de las actuaciones que propicie una nueva celebración del juicio, con la asistencia de la acusación particular.

2. No está de más señalar que de manera reiterada y de antiguo ha señalado la jurisprudencia constitucional en relación a la garantía de tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso al proceso, que "el primer contenido [del derecho a obtener la tutela de jueces y tribunales] en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y [...] poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas" ( SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 2, entre otras). Ahora bien, aclara la STS 1/2023, de 6 de febrero, reproduciendo en parte el contenido de la STC 140/2018, de 20 de diciembre "el Tribunal también entiende que la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad directamente ejercitable a partir de la Constitución, sino que se trata de un derecho prestacional y, por tanto, de configuración legal que sujeta su ejercicio a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que el legislador establezca (por todas SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4 y 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2)" (STC, FJ 5)".

Igualmente desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional tiene declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello ( STC 9/1981 de 31 marzo). Y que la tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una resolución fundada en derecho, ya sea favorable o adversa ( SSTC 13/1981 de 22 abril; 276/2006 de 25 de septiembre y 64/2010 de 18 de octubre). O, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005 de 6 de junio).

Si bien también ha declarado, en relación a la estimación de un recurso de amparo contra una sentencia absolutoria que" Dicha eventual estimación del amparo no entrañaría contradicción alguna con la reiterada doctrina de este Tribunal de que no existe un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona ( SSTC 157/1990, FJ 4, 31/1996 FJ 10, 177/1996, FJ 11, 199/1996, FJ 5, 41/1997, FFJJ 3 y 4, 74/1997, FJ 5, 116/1997, FJ 5, 218/1997, FJ 2, 67/1998, FJ 2, 138/1999, FJ 5); pues ello no implica "sostener que el haz de derechos cobijados en el art. 24 CE a la hora de configurar la efectividad de la tutela judicial efectiva se agote, en el proceso penal, con el mero respeto de las garantías allí establecidas en favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél. Tal norma incorpora, también, el interés público, cuya relevancia constitucional no es posible, y ni siquiera deseable, desconocer en un juicio justo donde queden intactas tales garantías de todos sus partícipes" ( SSTC 116/1997 FJ 5, 138/1999, FJ 5). De ello deriva que el ius ut procedatur que asiste a la víctima de un delito no se agota en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, "sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso" ( STC 218/1997, FJ 2). Por consiguiente, el análisis y la declaración de vulneración de los derechos procesales invocados es ajeno a la inexistencia de un derecho de la víctima del proceso penal a la condena penal de otro y ha de efectuarse tomando como referente el canon de los derechos contenidos en los arts. 24.1 y 2 CE ( STC 41/1997, FJ 5)" ( STC 168/2001, de 16 de julio).

**3.** En este caso el recurrente alega que su asistencia telemática a las sesiones del juicio tenía amparo legal en el artículo 14 de la Ley 3 /2014, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID- 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que proclamaba como preferente la presencia telemática en los actos procesales, con la excepción establecida para los que eran propios de la jurisdicción penal, en los que, entre otras previsiones, se exigía la presencia física de los acusados en los juicios por delito grave -- y en este caso lo era--. Añadiendo el precepto, "Cuando se disponga la presencia física del acusado o del investigado, será también necesaria la presencia física de su defensa letrada, a petición de esta o del propio acusado o investigado".

Resalta, como así lo hizo ante el Juzgado, que el despacho profesional del Letrado se encuentra en Mallorca (Islas Baleares) y el juicio se celebraba en Madrid, por lo que, habida cuenta la situación de crisis sanitaria generalizada, con la consiguiente incerteza generada por el COVID-19 en la planificación de los vuelos, no se podía garantizar que se pudiese viajar a Madrid en las fechas previstas. Y que la realización de un viaje de este tipo hace necesario, por cuestiones logísticas e insulares, un desplazamiento en avión, no siendo posible el desplazamiento por vehículo privado (tal como sí sucedería de encontrarse en la Península). Ello genera, en opinión del recurrente, una potencial situación de riesgo sanitario y epidemiológico innecesario al existir alternativas válidas en derecho y frecuentes en el contexto del Covid-19 (en especial, la intervención telemática solicitada).

**4.** No le falta razón al recurrente en que la tramitación del procedimiento, en lo que al extremo que ahora nos ocupa se refiere, no ha gozado de la pulcritud procesal deseable. Se detectan algunas irregularidades en materia de documentación, pues como resalta el recurso, la diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2021, que razonablemente sugería a la parte que en principio se aceptaba esa intervención telemática, o al menos así se podría interpretar de su tenor literal, no consta en las actuaciones. Según la copia aportada con el recurso la misma señaló "Por cuanto al escrito de Dña. Carmen Azpeitia Bello, Procuradora de los Tribunales, actuando en representación de D. Everardo, se accede a la petición presentada, debiendo manifiesta en 2 audiencias el medio telemático que pretende emplear".

El examen de la causa que faculta el artículo 899 LECRIM nos ha permitido comprobar esa ausencia. No obstante, tal extremo carece de trascendencia a los efectos que ahora nos ocupan, toda vez que la parte recurrente, como ya hemos dicho, ha aportado copia de tal diligencia y no existen motivos para dudar de que efectivamente se hubiera dictado, algo que las restantes partes no cuestionan. Como precisó el Tribunal Constitucional en la STC 4/2004, aquella ocasión en relación a un acta de juicio, la pérdida de la documentación de las actuaciones no comporta en sí misma la vulneración de ninguna de las garantías esenciales del proceso, sin perjuicio de que pueda dificultar su ejercicio. Lo que supone, como nos recuerda la STC 55/2015, la necesidad de analizar, caso a caso, qué consecuencias se derivan de los defectos de documentación. En particular, qué concretos derechos se han visto afectados y en qué medida ello compromete su contenido garantizador.

En este caso, la aportación de parte ha enervado cualquier posible efecto perturbador a ese defecto en la documentación de la causa.

La ulterior negativa exteriorizada en la diligencia de ordenación de 24 de febrero de 2021, ciertamente implica un cambio de criterio que hubiera sido merecedor de alguna aclaración. No olvidemos que el artículo 144 bis LECRIM establece que las diligencias de ordenación "incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la Ley o cuando el Secretario judicial lo estime conveniente". No hubiera estado de más que en este caso se hiciera alguna consideración en relación al cambio de criterio o el motivo de la negativa. Ahora bien, estos extremos son insuficientes para sustentar una vulneración legal o constitucional capaz de generar la indefensión material que el recurso reclama, en concreto en el motivo quinto, que denuncia vulneración principio de cosa juzgada

material, efecto que no puede predicarse de una diligencia de ordenación; o en el séptimo, que denuncia expresamente tal falta de motivación.

En este punto resulta especialmente destacable que la decisión acerca de la cuestión controvertida, esto es, la autorización de asistencia del letrado de la acusación particular por vía telemática al acto del juicio oral, excede de las facultades de decisión del Letrado de la Administración de Justicia, cuando lo es en relación a un acto presidido por el Tribunal, es decir, una actuación jurisdiccional, cual es, como en este caso, el juicio oral. Solo al Tribunal incumbe una decisión con proyección sobre los principios básicos del proceso penal, en relación al acto que se erige como elemento culminante del proceso. Lo dijimos ya en la STS 84/2023, de 9 de febrero "Por lo que se refiere a la falta de competencia del Letrado de la Administración de Justicia para decidir por diligencia de ordenación la práctica por videoconferencia de determinados medios de prueba, es cierto que la interpretación sistemática del artículo 14 de la Ley 3/2020 sugiere, con claridad, que se habilita al LAJ para ordenarlo solo respecto a los actos o comparecencias que se desarrollan en el ámbito de sus competencias procesales, correspondiendo al juez o al tribunal decidir la práctica de los medios de prueba por videoconferencia en los actos de naturaleza jurisdiccional. Lo que coliga con la regulación al respecto contenida en los artículos 731 bis LECRIM y 229 LOPJ".

En cualquier caso, ese extremo, que ninguna de las partes alega, no es ahora relevante, como tampoco lo es que el plazo para recurrir tal diligencia ante el mismo órgano que la dictó abarcara más allá del día señalado para comenzar las sesiones del juicio (se denuncia así en el motivo cuarto). No solo el recurso carece de efectos suspensivos ( artículo 238 bis LECRIM). Además, incumbiéndole al Tribunal la decisión, ya fuera porque entraba en el ámbito de sus competencias directas, o a través de la ruta que traza el sistema de recursos contra la decisión del Letrado de la Administración de Justicia, en la lógica que inspira la STC 151/2020, lo cierto es que el Letrado recurrente trató de cercenar las posibilidades de decisión del Tribunal con una política de hechos consumados, al no hacer acto de presencia en sede judicial el día señalado para el comienzo de las sesiones del juicio, al que había sido citado. No compareció él, ni tampoco su defendido el Sr. Everardo.

El Letrado recurrente era perfecto conocedor de que ni el escrito de recurso que había presentado al borde de las 15:00 h (en concreto a las 14:45 h) del viernes 26 de febrero, ni el que tuvo entrada en la oficina de Registro y Reparto de la Audiencia Provincial de Madrid unas horas antes ese mismo día (a las 12:20:19 h), podían estar resueltos con antelación al comienzo de las sesiones del juicio oral señalado para primera hora del lunes siguiente. La diligencia denegatoria había sido notificada el día de antes.

Por otra parte, ni en el momento ni con posterioridad ha acreditado el recurrente una real imposibilidad para desplazarse desde Baleares a Madrid. Otros letrados lo hicieron desde puntos también alejados dentro de la Península. Incluso el escrito que dirigió al Tribunal el mismo día 26, no hace referencia a ninguna causa que imposibilitara el desplazamiento, o lo desaconsejara más allá de la general situación sociosanitaria. Se limitaba a señalar "Que en relación a la providencia de 24 febrero donde se indica que no hay lugar a la solicitud de emplear medio telemático por parte de Otto Comeselle, "letrado de esta defensa" (refiriéndose a la defensa del Sr. Everardo), interesamos se rectifique el que suponemos que es un error material, ya que el Sr. Everardo no es defensa, sino acusación particular, motivo por el que suponemos que se indicaba (partiendo de ese error) que no había lugar a la utilización del medio telemático. Téngase en cuenta además que con anterioridad la propia Sala había requerido a esta parte para comunicar el medio telemático a utilizar, dando a entender que era posible dicha posibilidad.

En todo caso, nos ponemos a disposición del Tribunal para utilizar el medio telemático que se considere pertinente".

Como se ve, ningún motivo que dificultara el desplazamiento se alegaba, aun conociendo el Letrado que los acusados si habrían de efectuar su comparecencia personal.

En esta situación, el Tribunal consideró injustificada la incomparecencia del Letrado de la acusación particular, al que se había denegado la posibilidad de asistencia telemática. A través de la grabación en DVD que documenta el juicio hemos podido comprobar que el mismo tomó conocimiento del escrito en el que, pese a que ya había sido denegado, se solicitaba la asistencia vía telemática, considerando que no aportaba razones que justificasen la imposibilidad de asistir. Ante ello el Tribunal acordó tener por desistida a la acusación particular, mostrando todas las partes presentes su conformidad.

Nos encontramos ante una decisión que no puede tacharse de infundada ni de arbitraria. Ni infractora de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 3/2020, como denuncia el motivo segundo del recurso. Aunque la norma establece con carácter preferente la asistencia telemática a los actos procesales, dota de un trato singularizado a los que tienen lugar en la órbita del proceso penal. Ciertamente es que la obligatoriedad de comparecencia personal no abarca a la acusación particular, aunque sí al acusado cuando lo es, como en este caso, por delito grave, además de a su defensa. Pero que no se establezca esa obligatoriedad no implica que no sea aconsejable la misma, en aras a garantizar un trato igualitario entre las partes, máxime cuando en este caso, como el recurso resalta, la acusación que sustentaba el recurrente, se basaba en hechos distintos de los que imputaba el Fiscal.

Como cuestión previa al amparo del artículo 786.2 LECRIM, la incidencia quedó resuelta en el acto y documentada en el acta del juicio, por lo que ningún déficit de motivación puede reprocharse a la sentencia sobre este punto. En el acta constan las razones de la decisión. En cualquier caso, de entender la parte recurrente que se ha producido un supuesto de incongruencia omisiva como denuncia en el motivo sexto, debió instar el complemento

de sentencia a través del trámite que faculta el artículo 267. 5 LOPJ y 161.5º LECRIM, configurado como presupuesto necesario de un motivo que haga valer tal defecto -por todas STS 215/2023 y las que en ella se citan-, opción que declinó.

Tampoco se aprecia el denunciado quebrantamiento de forma por el hecho de que el Tribunal no suspendiera el juicio ante la incomparecencia de la acusación particular, en los términos que reclaman desde distintas ópticas los motivos primero y el tercero del recurso. No se dan ninguno de los supuestos que prevé el artículo 746 LECRIM, ninguna de las partes comparecidas lo solicitó, y ni siquiera el escrito que hemos transcrito lo plantea como alternativa.

5. Enlazamos con lo que ya hemos señalado, la incomparecencia del letrado solo respondió a una decisión unilateral por su parte, a sabiendas del riesgo que asumía, toda vez que se le había denegado la autorización para asistir telemáticamente. Se arriesgó, sin esgrimir ni justificar una causa realmente impeditiva de su comparecencia, asumiendo un riesgo que se concretó en una decisión que, como hemos adelantado, no puede tacharse de arbitraria.

Recordábase en la STS 68/2022, de 27 de enero "El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente establecido en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión ( artículo 24.1 CE), por un lado, que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Y, por otro, que para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, SSTC 12/201 de 28 de febrero y 127/2011 de 18 de julio). Por lo cual, está excluida del ámbito protector del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (entre otras muchas, SSTC 109/2002, 87/2003, 5/2004, 141/2005, 160/2009, 12/2011 y 57/2012)."

En palabras que tomamos de la STS 838/2021, de 3 de noviembre, citada por el Fiscal al impugnar el recurso "Como sintetizábamos en nuestra sentencia 734/2010, de 23 de julio, la garantía constitucional de proscripción de indefensión puede resumirse en las exigencias de: a) Que sea real y efectiva, lo que no ocurre ante cualquier infracción procesal; b) que impida al titular el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; c) que sea ocasionada por el comportamiento del órgano jurisdiccional; d) que no quepa atribuir indolencia al propio titular del derecho; e) que se origine la imposibilidad de rectificación de procedimientos irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección. y f) que es carga de quien la alega su acreditación".

El ahora recurrente sabía que se le había denegado la solicitada asistencia telemática, estaba convocado para asistir a las sesiones del juicio oral, y decidió unilateralmente no hacerlo, sin haber llegado a justificar causa que impidiera su desplazamiento. En estas condiciones no puede hablarse de indefensión, cuando la misma, de haber existido, derivó de su propio comportamiento.

El recurso se desestima, con imposición de costas al recurrente ( artículo 901 LECRIM).

## FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Everardo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 25 de marzo de 2021 (Sec. 1ª, Rollo PA 1156/17), con pérdida del depósito, en su caso, si se hubiera constituido.

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.