

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19433 *Sala Segunda. Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre de 2010. Recurso de amparo 171-2007. Promovido por doña Eugenia Babiano Pizarro frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que estimó el recurso de apelación en causa por delitos de malos tratos habituales y lesiones, así como por faltas de lesiones y amenazas. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: Sentencia de apelación que no toma en cuenta los testimonios de la denunciante, cónyuge del acusado, y de la hija común de ambos, porque no se les había informado de que estaban legalmente exentas de la obligación de declarar.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 171-2007, promovido por doña Eugenia Babiano Pizarro, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Lourdes Amasio Díaz y asistida por el Letrado don Juan Carlos García Navarro, contra la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, recaída en el rollo de apelación núm. 351-2006 contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona núm. 220/2006, de 23 de mayo, dictada en procedimiento abreviado núm. 129-2006 por delitos de malos tratos habituales y de lesiones y por faltas de lesiones y de amenazas. Ha comparecido y formulado alegaciones el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 8 de enero de 2007, don Juan Carlos García Navarro, Letrado del turno de oficio, en nombre y representación de doña Eugenia Babiano Pizarro, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación se resume.

a) La demandante de amparo presentó diversas denuncias contra don J. P. V., padre de sus hijos, que dieron lugar a las diligencias previas núm. 709-2002 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell y que, tras dictarse Auto de apertura de juicio oral, fueron remitidas al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, que dictó la Sentencia núm. 220/2006, de 23 de mayo, en el procedimiento abreviado núm. 129-2006. en la que se contiene el siguiente relatos de hechos probados:

«Único.—De una valoración crítica y objetiva de la prueba practicada en el acto del Juicio Oral han resultado probados y así se declaran los siguientes hechos:

[J. P. V.], con DNI [...], mayor de edad y sin antecedentes penales, en pleno proceso de separación de su esposa llevó a cabo los siguientes hechos:

El día 16/06/2002 sobre las 10.00 horas acudió al domicilio familiar sito en la calle [...] de la localidad de Sant Andreu de la Barca, donde tras registrar el domicilio se dirigió a Eugenia Babiano Pizarro y exhibiéndole un cuchillo, que previamente había cogido del interior de una caja, le requirió la entrega de dinero, consiguiendo que la Sra. Babiano le entregase una cantidad de dinero indeterminada y una tarjeta de crédito, ante el temor que los hechos le produjo al estar presente la hija común del matrimonio.

El día 18/06/2002 sobre las 14.30 horas el acusado acudió de nuevo al domicilio anteriormente indicado y encontrándose con la Sra. Babiano en el ascensor la empujó al interior del mismo, haciéndola caer al suelo al tiempo que trataba de quitarle las llaves del coche. Como consecuencia de estos hechos la Sra. Babiano sufrió contusiones en ambos brazos y en región cervical, que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa, tardando en curar tres días, uno de los cuales se halló impedida para sus ocupaciones habituales.

Sobre las 2,30 horas del día 19/06/2002 el acusado se dirigió al “parquing” comunitario de la vivienda sita en la calle Urgel donde pinchó las cuatro ruedas del vehículo Audi A-6, matrícula [...], propiedad de la Sra. Babiano al tiempo que hacía suya la carátula del radiocassette y diversos discos compactos. Como consecuencia de tal acción el citado vehículo sufrió desperfectos que han sido pericialmente tasados en la cantidad de 560,26 euros.

En fecha 21/06/2002 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Martorell dictó auto de alejamiento por el que prohibía al acusado aproximarse a Eugenia Babiano y a su domicilio y comunicarse con ella.

Asimismo la Sra. Babiano como legal representante de su hijo [A.], menor de edad en la fecha del 16/06/2002, denunció que el citado día el acusado acudió a su domicilio y hallando en el interior del mismo a su hijo le golpeó causándole lesiones que precisaron para su sanidad de una primera asistencia facultativa.

Tras la actividad probatoria no han quedado acreditados tales hechos.»

b) El Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona absolvió a don J. P. V. del delito de violencia doméstica habitual [art. 153.2 del Código penal (CP)] y de una falta de lesiones (art. 617.1 CP) de los que había sido acusado y le condenó como autor responsable de un delito de daños (art. 263 CP), de una falta de amenazas (art. 620.2 CP) y de otra falta de lesiones (art. 617.1 CP), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de multa, por el delito de daños, un mes de multa, por la falta de lesiones, y diez días de multa, por la falta de amenazas, con una cuota diaria en todos los casos de seis euros y con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, así como al pago de la mitad de las costas procesales causadas en la instancia.

Por vía de responsabilidad civil se le condenó a indemnizar a la recurrente en amparo en la cantidad de 560,24 € por los desperfectos ocasionados en el vehículo de su propiedad, y en la cantidad de 1.000 € por el periodo de sanidad de las lesiones sufridas y los daños morales ocasionados.

c) Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación la demandante de amparo y don J. P. V. La demandante de amparo adujo, en síntesis, vicio de incongruencia omisiva, al haber omitido el Juzgado de lo Penal pronunciamiento sobre la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de robo con violencia (art. 242 CP), un delito de allanamiento (art. 202 CP) y otro delito de robo con fuerza (art. 238 CP); error en la valoración de la prueba, al no haber efectuado el Juzgado una valoración crítica de la prueba practicada, en concreto, la testifical del hijo del matrimonio; error en la valoración

de la prueba, al no haberse apreciado la habitualidad exigida por el art. 153 CP; y, en fin, la insuficiencia de la cantidad fijada en concepto de responsabilidad civil, que en modo alguno compensaba la pesadilla padecida por la recurrente en amparo.

d) La Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó la Sentencia núm. 884/2006, de 30 de octubre, en la que, modificando el relato de hechos probados de la Sentencia de instancia, estableció el siguiente relato fáctico:

«el día 29 de junio de 2002, el acusado se dirigió al “parquin” comunitario de la vivienda sita en la calle [...], donde se encontraba el vehículo Audi A-6, matrícula [...], que figura a nombre de la Sra. Babiano al tiempo que abrió el mismo con una copia de llaves e hizo suya la carátula del radiocassette y diversos discos compactos. No ha quedado acreditada la autoría de los daños del vehículo y tampoco de manera concreta a quien pertenecían los cd's y radiocassette que se encontraban en el interior del mismo.»

La Sala, dictó Sentencia con el siguiente fallo:

«Fallamos, Estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. [J. P. V.], contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de Barcelona, dictada en fecha 23 de mayo de 2006, en Procedimiento Abreviado número 129/2006 de los de dicho órgano jurisdiccional. Revocamos íntegramente la resolución dictada, y debemos absolver y absolvemos a D. [J. P. V.], de todos los delitos por lo que vino condenado con todos los pronunciamientos favorables.»

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), se aducen las siguientes vulneraciones del referido derecho fundamental.

a) Se sostiene, en primer término, que la demandante de amparo, con base en una interpretación rigorista y formalista de la legislación procesal, no ha obtenido de la Audiencia Provincial una respuesta a sus legítimas pretensiones respecto a la denunciada incongruencia omisiva en la que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal en relación con la no tipificación de los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de robo con intimidación y otro de robo con fuerza. En el recurso de apelación había quedado meridianamente claro cuál era la infracción alegada y la voluntad de la recurrente de que se subsanara el evidente error puesto de manifiesto. La Audiencia Provincial ha vulnerado con su respuesta la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional sobre la finalidad de los requisitos procesales. Es obvio que, si lo que procede procesalmente es la nulidad de la Sentencia, que no del juicio, es lo que se está solicitando en el recurso, y el suplico del mismo debe ser integrado con el contenido de todo el recurso, sin que en ningún caso el pronunciamiento de la Audiencia Provincial implicara una vulneración del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), ya que no estaría declarando una nulidad de oficio sino a petición de parte.

Asimismo, en conexión con el denunciado vicio de incongruencia omisiva en el que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal, se sostiene en la demanda que en ningún momento se concreta ni se fundamenta en la Sentencia de apelación la afirmación de que en el caso actual no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder estimar el motivo alegado. Esta falta de motivación hace que la demandante no sepa si la desestimación de sus pretensiones viene determinada por cuestiones formales, que considera rigoristas, o de fondo, que califica de manifiestamente erróneas.

b) La Audiencia Provincial anula prácticamente la totalidad de lo practicado en la sesión del juicio oral por una supuesta vulneración del art. 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), al entender que no se había advertido a la demandante de amparo y a su hija de la posibilidad y del derecho a no declarar contra el denunciado.

Tras reproducir el art. 416 LECrim, se afirma que la LECrim no contiene ningún mandato que obligue al Juez enjuiciador, distinto del instructor, a realizar la advertencia a la que se hace referencia en aquel precepto. Advertencia que en este caso sí se llevó a cabo por el Juez Instructor, respecto de quien está ejerciendo de forma voluntaria la acusación particular, que disponía de un Abogado que le informó de tales extremos, y, en fin, que tiene un interés concreto en que se enjuicien los hechos denunciados. No puede olvidarse que en la Sentencia del Juzgado de lo Penal se consigna expresamente que “la actividad probatoria, que se ha circunscrito esencialmente a la declaración de la denunciante y de los hijos del acusado, quienes haciendo uso de la facultad que les confiere el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal han manifestado su voluntad de querer declarar” (fundamento de Derecho primero).

De otra parte dicho argumento no fue alegado por la representación del acusado. En cualquier caso, aun en el supuesto de que no se hubiera informado del contenido del art. 416 LECrim, ello no supondría ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una simple potestad de los testigos en beneficio único de éstos, no de los inculpados.

c) La Audiencia Provincial, sin respetar el acertado y razonado criterio de la Sentencia de instancia, revoca ésta por dar plena credibilidad a la versión exculpatoria del acusado y considerar que los objetos que éste entregó a la policía eran de su propiedad, sin tener en cuenta que dichos objetos no fueron entregados, sino encontrados en el lugar de trabajo del acusado, entre los que figuraban, además de la radio y los cd's, la varilla de aceite del coche y otros documentos y objetos personales de la demandante. Lo que evidencia la ubicación del acusado en el lugar de los hechos, así como su voluntad de menoscabar el patrimonio y la tranquilidad de la demandante.

De otra parte, en la Sentencia, al referirse al supuesto delito de robo con fuerza, se afirma que los hechos serían antijurídicos en virtud del art. 268 CP al no constar si la separación ese día era de hecho o legal, cuando el citado artículo no distingue entre una y otra separación.

Tales argumentaciones son arbitrarias e irracionales y, por ello, lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

d) En relación con el delito de violencia doméstica lo que la demandante de amparo pretendía con el recurso de apelación era que la Audiencia Provincial, con base en los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia, valorase los razonamientos que había efectuado el Juzgado de lo Penal, pues se trataba simplemente de apreciar o no la habitualidad que en su momento exigía el art. 153 CP y que, a juicio de la demandante de amparo, concurría en los hechos declarados probados en la Sentencia del Juzgado de lo Penal.

Ello supone una vulneración del art. 24 CE, al no darse respuesta a lo que se pedía, que no era la revisión de la prueba, sino la calificación de los hechos probados.

Concluye la demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado dicha Sentencia. Por otro sí se interesó se librara el correspondiente oficio al Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de proceder a la designación de representante causídico para la demandante, beneficiara del derecho de asistencia jurídica gratuita.

4. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2007, previamente a la designación de Procurador del turno de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT), se concedió a la recurrente un plazo de diez días para que presentase escrito firmado por doña Eugenia Babiano Pizarro, en el que manifestara su propósito de interponer recurso de amparo, o bien se ratificase en el escrito ya presentado por su Letrado, así como para que éste acreditara que había dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4.3 del Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 («BOE» de 19 de julio) sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo

constitucional, en relación con el art. 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, aportando copia del escrito de renuncia a percibir honorarios presentado ante los titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en que se halle inscrito.

Acreditados los anteriores extremos mediante escrito presentado por el Letrado don Juan Carlos García Navarro en fecha 12 de febrero de 2007, con su correspondiente documentación adjunta, por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 2007, se acordó dirigir atenta comunicación al Colegio de Procuradores de Madrid, a fin de que, conforme a lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996 sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Procurador del turno de oficio que representara a la recurrente en amparo.

Por nueva diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2007, se tuvo por designada por el turno de oficio como Procuradora a doña María Lourdes Amasio Díaz y como Abogado designado por la recurrente a don Juan Carlos García Navarro; se hizo saber a los mismos y a la demandante tales designaciones; y se le concedió un plazo de diez días a la indicada Procuradora para que se ratificara en el escrito de interposición del recurso de amparo presentado en fecha 8 de enero de 2007.

Por escrito presentado en fecha 10 de mayo de 2007, doña María Lourdes Amasio Díaz, Procuradora de doña Eugenia Babiano Pizarro, se ratificó en el citado escrito de interposición del recurso de amparo.

5. La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo de 2008, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, en la redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y con lo establecido en la disposición transitoria tercera de esta Ley, acordó conceder a la parte demandante y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que tuvieran por conveniente, las alegaciones que procediesen en relación con el art. 50.1 LOTC.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 28 de octubre de 2008, admitió a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona y al Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 351-2006 y al procedimiento abreviado núm. 129-2006, debiendo previamente el Juzgado emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la demandante de amparo, para que si lo deseasen pudieran comparecer, en el plazo de diez días, en este recurso de amparo.

6. Doña María Lourdes Ramos Agundo, Letrada designada de oficio de don J. P. V., mediante escrito dirigido a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional y presentado en el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona, solicitó se le tuviera por comparecida en el recurso de amparo, así como se designara a don J. P. V. Abogado y Procurador del turno de oficio.

Por diligencia de ordenación de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 30 de diciembre de 2008, subsanada por posterior diligencia de ordenación de 19 de enero de 2009, previamente a solicitar la designación de Abogado y Procurador del turno de oficio se acordó conceder a don J. P. V. un plazo de diez días para que presentase escrito suscrito y firmado por él en el que manifestara su propósito de personarse en el presente recurso de amparo, advirtiéndole que, de no atender a este requerimiento en el plazo indicado, la Sección podría acordar continuar la tramitación del recurso sin su intervención.

Presentado en fecha 30 de marzo de 2009 un escrito firmado por don J. P. V. en el que se ratificó en el escrito presentado por su Letrado, por diligencia de ordenación de la

Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 27 de marzo de 2009, se dirigió atenta comunicación al Colegio de Abogados de Madrid a fin de que, de conformidad con lo dispuesto en Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y en el Acuerdo del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, se designara, si procediese, Abogado y Procurador del turno de oficio que le defendiera y representase, respectivamente, acompañando a dicha comunicación copia del escrito presentado.

En fecha 6 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del turno de oficio/asistencia jurídica gratuita del Colegio de Abogados de Madrid en el que se comunicó al Tribunal Constitucional que, al no haberse cumplimentado el requerimiento efectuado por dicho Colegio, se procedió en fecha 23 de junio de 2009 al archivo de la solicitud de asistencia jurídica gratuita formulada por don J. P. V.

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 7 de julio de 2009, acordó incorporar a las actuaciones el anterior escrito y tener por decaído el derecho de don J. P. V. a personarse en este recurso de amparo, salvo que en el plazo de diez días compareciese con Abogado y Procurador de su libre designación y a su costa.

Por nueva providencia de 17 de septiembre de 2009 la Sala acordó tener a don J. P. V. por decaído en su derecho a personarse en el presente recurso de amparo, al no haber subsanado la falta de postulación en el plazo concedido.

7. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 21 de octubre de 2009, se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte demandante y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron efectuar las alegaciones que tuvieron por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 1 de diciembre de 2009, que, en lo sustancial, a continuación se extracta.

a) En relación con la obligada declaración de nulidad de la Sentencia de instancia que debería haber acordado la Audiencia Provincial por el vicio de incongruencia omisiva en el que aquélla incurría a juicio de la demandante, el Ministerio Fiscal sostiene que la respuesta de la Audiencia no puede considerarse vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues la imprecisión de la concreta pretensión deducida («subsana en la forma que procesalmente establece nuestro ordenamiento») no permitía al órgano judicial conocer con la precisión debida cuál era la particular pretensión deducida, habida cuenta de la amplitud, generalidad y variedad de vías que procesalmente puede establecer el Ordenamiento jurídico, no siendo exigible al órgano judicial sustituir a las partes procesales, ni que realice una labor interpretativa de lo que efectivamente éstas hayan podido solicitar, asumiendo, en definitiva, una responsabilidad de impulso procesal que no le compete y de la que se derivarían consecuencias (nuevo enjuiciamiento del acusado e hipotética absolución –pues se ignora si lo que se pretende es la nulidad de la Sentencia o del juicio–) que, al no ser queridas por la actora, le llevarían sin duda a sostener entonces la extralimitación del órgano judicial en sus cometidos.

Pero además, la Audiencia Provincial ha resuelto la cuestión planteada rechazando expresamente la existencia de incongruencia omisiva, al señalar que tal incongruencia no existiría en tanto los hechos que constituyen la descripción de las figuras penales que se proponen se relacionan en su integridad y se emplean para configurar otras figuras penales diferentes por las que finalmente en la Sentencia de instancia se condena al inculpado. De este modo es evidente que el Juez de lo Penal responde tácitamente a las pretensiones de la acusación particular, pues, relatando las conductas y valorándolas ampliamente, llega a la conclusión de que integran un delito de daños y sendas faltas de amenazas y lesiones, desestimando así la realidad de los supuestos delitos de robo con violencia, allanamiento y robo con fuerza. En definitiva, el órgano de apelación ni siquiera estima procedente declarar la nulidad de la Sentencia de instancia –aunque fuera esto lo que se

le pedía en el recurso—, pues entiende que los pronunciamientos de aquélla son plenamente congruentes con lo pedido.

b) Respecto a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por el supuesto error patente en el que ha incurrido la Audiencia Provincial en relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 416 LECrim, el Ministerio Fiscal alega que el examen del acta del juicio y el visionado del primer cd en el que se registró videográficamente la vista oral celebrada el día 9 de mayo de 2006 obligan a estimar plenamente ajustada a la realidad la aseveración de la Sentencia de instancia de que tanto la esposa como los hijos del acusado hicieron uso de la facultad de declarar para la que les habilita el art. 416 LECrim.

Ciertamente, como se sostiene en la Sentencia de apelación, al inicio de la declaración de la esposa no se le advierte expresamente por el Juez de su derecho a no declarar, limitándose a preguntarle si está divorciada y contestando aquélla que su estado civil es el de separada. En la declaración de su hija se le pregunta si quiere declarar, contestando afirmativamente. La Sala de apelación deduce de tal modo de producirse las correspondientes testificales que no se habrían respetado escrupulosamente las exigencias del art. 416 LECrim.

Sea cual sea el fundamento legal de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y la postura del Tribunal Supremo acerca del mismo, el Ministerio Fiscal afirma que el Alto Tribunal ha venido reiterando que la excepción o dispensa de declarar al pariente procesado o al cónyuge que establece el citado precepto tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une al procesado. Dicha colisión se resuelve con la dispensa de declarar, que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito que se imputa al inculcado. La finalidad no puede ser otra que la de evitar el conflicto moral que al pariente se le plantea entre la alternativa de cumplir una obligación —decir la verdad— y el hecho de no perjudicar con ello a quienes mantienen con el declarante una relación afectiva. En esta tesitura decir, como se afirma en la Sentencia, que no consta la decisión de los testigos de eludir tal dilema moral y decantarse por la comunicación de la verdad es tanto como exigir un formalismo rituario y absolutamente enervante que no quiere aceptar la realidad de lo acontecido en el procedimiento judicial ahora examinado. Dificilmente puede sostenerse que la esposa no haya ejercitado voluntariamente esa opción cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, hallándose personada en la causa como acusación particular. Si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido, no habría tomado la importantísima decisión de postular una grave condena para él. Con respecto a la hija cabe decir que la misma renuncia a la dispensa del art. 416 LECrim cuando contesta afirmativamente en el juicio a la pregunta del Juez acerca de su deseo de declarar o no.

Lo que pretende la Audiencia Provincial es introducir un rigorismo excesivo e innecesario que carece de justificación. La actuación del órgano de apelación resulta por ello manifiestamente arbitraria en cuanto adopta una medida carente de la más elemental lógica, como es la de entender que la libérrima voluntad de la ex mujer, solicitando primero del Juzgado el nombramiento de letrado de oficio para personarse como acusación particular en el proceso, y actuando después como tal interesando la imposición de graves penas a su ex marido, puede entenderse desvinculada de su intervención en el proceso como testigo. Si la personación como acusación particular supone la libre decisión de posibilitar una grave sanción penal, con ello se evidencia que no se conciben en el caso concreto perjuicios morales que se antepongan a la persecución de hechos de tanta gravedad como son los de la violencia de género. En esta tesitura exigir al Juzgador de instancia que introduzca formalmente en el juicio una manifestación de voluntad de la testigo por la que ésta exprese la inexistencia de tales escrúpulos morales para declarar la verdad y con ello originar un previsible perjuicio a su ex marido es tanto como pretender la reiteración innecesaria de un propósito más que evidente. Y lo mismo cabe decir en relación al testimonio de la hija, pues cuando en la vista se le pregunta si quiere declarar es obvio que se le está facultando para ello, pues de no ser la testigo pariente del acusado no tendría opción alguna de manifestar su voluntad al respecto. La pregunta del Juez

encierra implícitamente la información acerca de la dispensa que prevé el art. 416 LECrim y que la testigo comprende perfectamente, tal y como se muestra en el registro videográfico del juicio.

Desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) la decisión de la Audiencia Provincial de prescindir de los dos testimonios citados resulta, en opinión del Ministerio Fiscal, manifiestamente arbitraria e irracional, al derivar de un entendimiento rigorista carente de cualquier fundamento. Tal quiebra en la interpretación del art. 416 LECrim no supone sin más una irregularidad procesal que, denunciada por la recurrente, se considere como un mero obstáculo para el logro de la final imposición de una o varias penas. De conformidad con la doctrina de la STC 145/2009 la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del *ius ut procedatur* o derecho a poner en marcha un proceso substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho. Este derecho ha sido configurado por el Tribunal Constitucional como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción, no agotándose en un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, en tanto que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales en su desarrollo.

Por tanto la función de este Tribunal debiera ceñirse a enjuiciar si la resolución judicial impugnada ha respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado la protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen. Con esta perspectiva el Ministerio Fiscal entiende que la irrazonable decisión de prescindir del testimonio de las dos testigos rompe absolutamente el principio de equilibrio e igualdad de partes en el proceso, vulnerando el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías.

c) Por lo que se refiere a la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la respuesta de la Sala a la cuestión prejudicial referida al estado civil de los ex cónyuges y a la determinación de la ajeneidad o no de algunos objetos, el Ministerio Fiscal considera que la Audiencia Provincial efectúa una valoración jurídica de los hechos sosteniendo que en una fecha en concreto no se podía saber aún si los cónyuges estaban o no separados de hecho y, por lo tanto, si el vehículo pertenecía a uno u otro o a ambos conjuntamente. La Sala se ha inclinado por la interpretación más favorable al acusado, que es la única posible cuando en el ámbito del Derecho penal se están depurando responsabilidades, no pudiendo establecerse en modo alguno la presunción en contra del reo de que el dolo del sujeto activo de la infracción abarcaba el elemento de la ajeneidad del bien. Tal razonamiento no puede calificarse de arbitrario.

d) En cuanto a la supuesta infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haber fundado en la imposibilidad de la valoración de las pruebas personales de la instancia (STC 167/2002) una condena revocatoria de una previa absolución del órgano judicial inferior, el Ministerio Fiscal pone de relieve el interesado entendimiento de dicha doctrina, que se pretende utilizar precisamente para lo contrario, como es atacar la absolución que enmienda una previa condena y no una condena que corrige una previa absolución. Es obvio que ni el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías, ni su derecho a la presunción de inocencia aparecen en modo alguno comprometidos.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se reconozca el derecho de la actora a un proceso con todas las garantías y se declare la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de su dictado, para que, partiendo del efectivo conocimiento de los testigos de su derecho a declarar o no se dicte la Sentencia que corresponda.

9. Por providencia de 11 de noviembre de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, que, revocando la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Barcelona núm. 220/2996, de 23 de noviembre, absolvió a don J. P. V. de un delito de daños [art. 263 del Código penal (CP)] y de sendas faltas de amenazas (art. 620.2 CP) y lesiones (art. 617.1 CP) por los que había sido condenado en primera instancia.

La recurrente en amparo, esposa en el momento del proceso de don J. P. V., imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 CE), por considerar formalista y rigorista la respuesta dada a la denunciada incongruencia omisiva en la que habría incurrido la Sentencia del Juzgado de lo Penal; por tener por no realizada la Audiencia Provincial la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haberles informado el Juzgado de lo Penal de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím); por haber dado credibilidad a la versión exculpatoria de éste en relación con el delito de daños por el que fue condenado en primer instancia; y, en fin, por no haber procedido a valorar la Audiencia Provincial la concurrencia o no de la habitualidad exigida por el art. 153 CP en relación con el delito de violencia doméstica por el que se había formulado también acusación.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación de la demanda de amparo al considerar que la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical de la recurrente en amparo y de su hija incurre en un formalismo rituario y absolutamente enervante, que desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) resulta manifiestamente arbitraria e irracional, descartando la lesión del derecho fundamental invocado con base en el resto de los motivos aducidos en la demanda.

2. Con el fin de abordar la cuestión central de la presente demanda de amparo, esto es, si ha resultado lesionado o no el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) como consecuencia de la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical de la recurrente y de su hija al no haber sido informadas de la dispensa de la obligación de declarar prevista en el art. 416 LECrím, hemos de examinar previamente los demás motivos de amparo aducidos en la demanda, que sin necesidad de un detenida y pormenorizada argumentación han de ser desestimados.

En efecto, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, la Audiencia Provincial ha rechazado expresamente, mediante un razonamiento fundado en Derecho que no cabe tildar de irrazonable o arbitrario, que la Sentencia del Juzgado de lo Penal hubiera incurrido en un vicio de incongruencia omisiva, por lo que por no puede estimarse vulnerado por el motivo denunciado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De otra parte, bajo la invocación del mencionado derecho fundamental, la demandante de amparo se limita a discrepar de la valoración de las pruebas que en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.3 CE) ha llevado a cabo el órgano judicial de apelación en relación con el delito de daños por el que el acusado había sido condenado en primera instancia. Y, en fin, desde la óptica constitucional ningún reproche puede merecer la decisión de la Audiencia Provincial de rechazar la pretensión condenatoria reiterada en el recurso de apelación en relación con el delito de violencia doméstica fundada en la imposibilidad de valorar las pruebas personales practicadas en instancia.

3. También con carácter previo al examen de la cuestión de fondo suscitada es necesario referirnos, en cuanto la demanda de amparo se dirige contra una Sentencia penal absolutoria, al canon de control de constitucionalidad en materia de recursos de amparo contra dicho tipo de Sentencias.

Como se recuerda en la STC 145/2009, de 15 de junio, recapitulando precedente doctrina constitucional, la víctima de un delito no tiene derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que es meramente

titular del *ius ut procedatur*, es decir, del derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que ha sido configurado por este Tribunal como una manifestación específica del derecho de jurisdicción y que 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. Por ende la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor reconocen.

En este sentido hemos precisado que, si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del *ius ut procedatur* en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración de derechos procesales garantizados en el art. 24 CE, es procedente, en caso del otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquél en que se produjo la lesión estimada, pues la imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de las Sentencias penales absolutorias no ha de entenderse referido a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, ya que toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales.

En aplicación de la doctrina reseñada este Tribunal ha estimado posible la anulación de Sentencias absolutorias y la retroacción de actuaciones por haberse sustanciado el recurso de apelación sin unir el escrito de impugnación de la acusación particular y, por tanto, sin que el órgano judicial lo tomara en consideración (STC 138/1999, de 22 de julio); por haberse producido una incongruencia *extra petitum*, al introducirse en la Sentencia de apelación un elemento que no había sido objeto de debate contradictorio (STC 215/1999, de 29 de noviembre); por haberse dictado Sentencia absolutoria en apelación sin haber tenido lugar el juicio oral en el que las partes hubieran podido ejercer su derecho de defensa (STC 168/2001, de 16 de julio); o, en fin, por poder incurrir la Sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 3) [FJ 4 y doctrina constitucional allí citada].

4. En este caso la Audiencia Provincial ha revocado la condena de don J. P. V. como autor de una falta de amenazas y otra de lesiones al considerar que debían tenerse por no realizadas las declaraciones testificales prestadas en el acto del juicio por la demandante de amparo y por su hija, al no haberles informado el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim, al ser cónyuge e hija, respectivamente, del acusado.

En relación con la declaración de la demandante de amparo, esposa de don J. P. V. en el momento del juicio, la Sala razona que «del visionado completo del CD de grabación, en la primera sesión del juicio no consta que se advirtiera a la citada testigo de la dispensa de declarar contra su marido al amparo del art. 416.1 de la LECrim, que establece aquella dispensa para “los cónyuges”, al preexistir el vínculo entre ambos, puesto que no se encuentran divorciados, en puridad y legalmente la Sra. Babiano, a la sazón denunciante, debía ser advertida de dicha dispensa y de este modo, su declaración y valoración de la misma hubiese cumplido con todas las garantías legales. Sin embargo, la juzgadora preguntó: “se encuentra Vd. divorciada” a lo que la testigo contestó que no, que estaba separada. Seguidamente la juez *a quo*, le advirtió que comparecía en calidad de testigo, obligándola a decir la verdad y apercibiéndola que para el caso de no hacerlo incurría en el delito de falso testimonio».

La Sala estima asimismo que «tampoco se hizo la preceptiva y expresa información sobre la dispensa de declarar que tenía la hija con respecto a su padre [pues] en este caso, la juzgadora se limitó a decir ¿quiere Vd. Declarar?, procediendo después a advertirla de los apercibimientos para el caso de faltar a la verdad, en este caso concreto, el vínculo no es modificable (disolviéndose por anulación o divorcio) sino que nos encontramos ante

un vínculo permanente, paterno-filial y pese a ello la juzgadora desoyó la obligación de informar a la hija del derecho a no declarar contra su padre, de manera clara y expresa y al amparo del precitado artículo 416 de la Lecrim».

La falta de información a ambas testigos sobre la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha supuesto, a juicio de la Sala, «la vulneración de una norma esencial del procedimiento, infringiéndose consecuentemente, el derecho fundamental a un juicio con todas las garantías», por lo que concluye que procede «tener por no realizada la referida testifical de la hija y de la esposa del acusado» (fundamento de Derecho segundo).

5. A la luz de la doctrina constitucional antes expuesta ha de ser examinada la queja de la recurrente en amparo, para quien dicha decisión vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Argumenta al respecto que el art. 416 LECrim no contiene mandato alguno que obligue al Juez enjuiciador, sino al Juez de instrucción, quien sí le advirtió de la dispensa de la obligación de declarar contra su marido. En todo caso considera que dicha falta de información no supone ninguna vulneración de una norma esencial del procedimiento, pues no se trata de ningún derecho del acusado, sino de una potestad de los testigos en beneficio de ellos.

El inciso final del art. 24.2 CE establece que «[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Con este mandato constitucional entronca el art. 416 LECrim, que dispensa de la obligación de declarar como testigos, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, a «1. [l]os parientes del procesado en línea directa ascendiente y descendiente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a los que se refiere el número 3 del artículo 261».

Es cierto, como se pone de manifiesto en la demanda y revela el propio tenor del precepto, que es al Juez instructor, no al órgano juzgador, a quien el art. 461 LECrim le impone la obligación de advertir al testigo comprendido en alguno de los supuestos mencionados de la dispensa de la obligación de declarar, debiendo el Secretario judicial consignar la contestación que diera a esta respuesta. No puede obviarse, sin embargo, que el art. 707 LECrim viene a dispensar de la obligación de declarar en el acto del juicio oral, al establecer que «[t]odos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuera preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 en sus respectivos casos». En esas circunstancias la consideración de si la exención de la obligación de declarar conlleva o no la advertencia para su posible ejercicio, y si esa advertencia, explícitamente referida en el art. 416 LECrim al Juez de instrucción, puede entenderse extensible al órgano juzgador, es una cuestión de legalidad ordinaria, a la que desde la óptica constitucional no puede dársele la trascendencia que se pretende en la demanda de amparo.

De otra parte, sin necesidad de entrar en otro tipo de consideraciones, no consta acreditado en las actuaciones, frente a lo que se afirma en la demanda, que la recurrente en amparo hubiera sido informada por el Juez de instrucción en las diversas declaraciones que prestó ante el mismo de la dispensa de la obligación de declarar contra el entonces imputado.

6. Sentado cuanto antecede, la tarea de este Tribunal con ocasión del presente recurso de amparo en el ejercicio de su jurisdicción no consiste, como es obvio, en interpretar o enjuiciar las interpretaciones efectuadas por los órganos judiciales de los preceptos legales que regulan la obligación de informar a determinados testigos de la dispensa de no estar obligados a declarar contra el denunciado (art. 261 LECrim), imputado o procesado (arts. 416 y 707 LECrim), al tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad que compete a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE, sino, más concretamente, en determinar si en el caso que nos ocupa la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haber sido advertidas por el órgano judicial de la

dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado. Y califica la información sobre dicha dispensa, en los supuestos legalmente previstos, como una de las garantías que deben ser observadas en las declaraciones de los testigos a los que se refiere el art. 416 LECrim, reputando nulas y, en consecuencia, no utilizables las declaraciones prestadas contra el procesado sin la previa advertencia, al no haber sido prestadas con todas las garantías. En cuanto a su práctica requiere que se informe a los testigos de la dispensa, si bien admite que su presencia espontánea puede entrañar una renuncia al derecho de no declarar contra el procesado o acusado, siempre que tal renuncia resulte concluyentemente expresada, lo que puede apreciarse en los casos en los que se trate de un hecho punible del que el testigo haya sido víctima (SSTS, Sala de lo Penal, núms. 6621/2001, de 6 de abril; 1225/2004, de 27 de octubre; 134/2007, de 22 de febrero; 385/2007, de 10 de mayo; 625/2007, de 12 de julio; 13/2009, de 20 de enero; 31/2009, de 27 de enero; 129/2009, de 10 de febrero; y 292/2009, de 26 de marzo).

En el caso que nos ocupa es preciso distinguir entre la declaración de la demandante de amparo y la de su hija. Por lo que se refiere a esta última ningún reproche cabe efectuar, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada la prueba testifical al no haber sido expresamente advertida por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar. En efecto, en modo alguno cabe tildar de irrazonable, arbitraria o formalista la decisión del órgano judicial de apelación, pues ciertamente la hija de la recurrente en amparo, según resulta del acta del juicio y del visionado de la grabación del acto de la vista, no fue informada por el órgano judicial de dicha dispensa, quien se limitó a preguntarle si quería declarar, sin que exista dato o elemento alguno del que pueda inferirse que la testigo era conocedora de la posibilidad de aquella dispensa, ni conste actuación alguna por su parte que evidenciase de manera concluyente que renunciaba a la misma. A estos efectos ninguna objeción cabe efectuar con la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva a la decisión del órgano judicial de considerar insuficiente el hecho de que la hija contestase afirmativamente a la pregunta del órgano judicial sobre si quería declarar y que efectivamente prestase declaración contra su padre, pues de este elemento fáctico, único existente respecto a dicha testigo, no puede inferirse de manera indubitada que conociera la facultad de dispensa que le confería el art. 416.1, en relación con el art. 707, ambos LECrim, y que renunciase a ella.

Sin embargo es distinta la valoración que ha de merecer la decisión de la Audiencia Provincial en relación con la prueba testifical de la recurrente en amparo. Aunque el Juez de lo Penal tampoco informó expresamente a ésta, víctima de los hechos objeto del proceso penal, de la dispensa de la obligación de declarar, la espontánea actitud procesal de la demandante de amparo, en las concretas circunstancias que concurren en este caso, no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la dispensa del art. 416 LECrim. En efecto, siendo sin duda exigible y deseable que los órganos judiciales cumplan con las debidas formalidades con el mandato que les impone el art. 416 LECrim, lo que ciertamente, como la Audiencia Provincial viene a poner de manifiesto en su Sentencia, no ha acontecido en este caso, no puede sin embargo obviarse la continua y terminante actuación procesal de la recurrente en amparo, quien denunció en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra éste por los hechos denunciados tanto ante la autoridad policial como ante el Juzgado de Instrucción, ejerció la acusación particular solicitando la imposición de graves penas contra él, así como, pese a la Sentencia condenatoria del

Juzgado de Penal, interpuso recurso de apelación contra ésta al haber sido desestimadas sus más graves pretensiones calificadoras y punitivas. Como el Ministerio Fiscal afirma, difícilmente puede sostenerse que la esposa del acusado no hubiera ejercitado voluntariamente la opción que resulta del art. 416 LECrim cuando precisamente es la promotora de la acusación contra su marido, habiéndose personado en la causa como acusación particular y habiendo solicitado para él la imposición de graves penas, pues si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim.

A la vista de la espontánea y concluyente actuación procesal de la demandante de amparo, la decisión de la Audiencia Provincial de tener por no realizada su declaración testifical al no haberle informado el Juez de lo Penal de la dispensa de prestar declaración reconocida en el art. 416 LECrim resulta, desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva, desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el *ius ut procedatur* del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad.

7. En consecuencia, con base en las precedentes consideraciones, ha de estimarse que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en la medida en que ha tenido por no realizada como prueba testifical su declaración en el acto del juicio.

El restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho requiere que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente la demanda de amparo promovida por doña Eugenia Babiano Pizarro y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 884/2006, de 30 de octubre, recaída en el rollo de apelación núm. 351-2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de haberse pronunciado la mencionada Sentencia para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

3.º Desestimar la demanda de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de noviembre de dos mil diez. -Guillermo Jiménez Sánchez.- Vicente Conde Martín de Hijas.-Elisa Pérez Vera.-Eugeni Gay Montalvo.-Ramón Rodríguez Arribas.-Pascual Sala Sánchez.-Firmado y rubricado.