



Roj: **STS 1784/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1784**

Id Cendoj: **28079120012019100347**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2019**

Nº de Recurso: **10755/2018**

Nº de Resolución: **264/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 264/2019

Fecha de sentencia: 24/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10755/2018 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y MELILLA

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10755/2018 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 264/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

Dª. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10755/2018, interpuesto por D. Carlos María representado por la procuradora Dª Marta Cendra Guinea bajo la dirección letrada de D. Elías Carcedo Fernández contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 20 de noviembre de 2018 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Ceuta instruyó causa Jurado 2/2017, por delito de **asesinato** y tenencia ilícita de armas contra Carlos María , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Ceuta cuya Sección 6 dictó en el Rollo Jurado 1/2017 sentencia en fecha 12 de marzo de 2018 con los siguientes hechos probados y parte dispositiva :

"Primero.- El día 24/07/2015, alrededor de las 00:07 horas, Carlos María , nacido el día NUM000 /1997, disparó con una pistola en la cara a Juan Enrique , de 16 años de edad, que se encontraba en las escaleras que dan acceso al polifuncional de la BARRIADA000 de Ceuta, con la intención de acabar con su vida, causándole finalmente la muerte esa misma noche.

Segundo.- Al utilizar una pistola Carlos María para matar a Juan Enrique y disparar sobre él de forma repentina no tuvo forma alguna de defenderse.

Tercero.- Carlos María carecía el día 24/07/2015 de la licencia correspondiente para poseer o llevar consigo la pistola con la que efectuó el disparo sobre Juan Enrique .

Cuarto.- En el momento de fallecer Juan Enrique convivía con sus padres, que eran Carlos y Fidela ".

"1) Condeno a Carlos María como autor de un delito consumado de **asesinato** a las penas de 20 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la prohibición de aproximarse a Carlos y Fidela cualquiera que sea donde se encuentren, así como a su domicilio y lugares frecuentado por ellos a menos de 200 metros y de mantener con los mismos contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o informático durante 30 años.

2) Condeno a Carlos María como autor de un delito consumado de tenencia ilícita de armas de fuego cortas a las penas de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3) Condeno a Carlos María a abonar a Carlos y a Fidela en concepto de responsabilidad civil la suma de 30.000 euros a cada uno de ellos, que se incrementarán en un interés anual equivalente al legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

4) Ordeno no haber lugar a la suspensión de las penas de prisión impuestas a Carlos María .

5) Condeno a Carlos María a abonar la totalidad de las costas procesales.

Esta sentencia no es firme, pudiendo interponerse contra la misma un recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Ceuta y Melilla en el plazo de 10 días desde su última notificación".

SEGUNDO.- Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ceuta se interpuesto recurso de apelación, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Ceuta y Melilla que dicto en el Recurso de apelación Ley Jurado 14/2018 sentencia con fecha 20 de noviembre de 2018 con el siguiente pronunciamiento: "FALLO

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del acusado Carlos María , contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2018, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz (sección 6ª), en causa seguida por delito de **asesinato**, la confirmamos íntegramente. Todo ello sin condena al pago de las costas de este recurso.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, al Ministerio Fiscal y a las demás partes, incluso las no personadas, a través de sus Procuradores, quienes habrán de comunicarla a sus representados o comunicar a la Sala la imposibilidad de hacerlo dentro del plazo para recurrir, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma".



TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Carlos María que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- El primer motivo casacional lo formulamos al socaire de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecen ambos que en todos los casos que proceda el Recurso de Casación éste podrá interponerse fundándose en la infracción de preceptos constitucionales. SEGUNDO.- Por infracción de ley y doctrina legal al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 8 de mayo de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. 1. El Tribunal del Jurado de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Ceuta, condenó, en sentencia dictada el 12 de marzo de 2018, a Carlos María como autor de un delito consumado de **asesinato** a las penas de 20 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a la prohibición de aproximarse a Carlos y Fidela cualquiera que sea donde se encuentren, así como a su domicilio y lugares frecuentado por ellos a menos de 200 metros y de mantener con los mismos contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o informático durante 30 años.

También lo condenó como autor de un delito consumado de tenencia ilícita de armas de fuego cortas a las penas de 1 año y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por último, condenó al mismo Carlos María a abonar a Carlos y a Fidela en concepto de responsabilidad civil la suma de 30.000 euros a cada uno de ellos, que se incrementarán en un interés anual equivalente al legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente resolución.

2. Recurrida la sentencia en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla por la defensa del acusado, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior dictó sentencia el 20 de noviembre de 2018 con el siguiente pronunciamiento:

"Que desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por la representación procesal del acusado Carlos María, contra la sentencia de fecha 12 de marzo de 2018, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz (sección 6ª), en causa seguida por delito de **asesinato**, la confirmamos íntegramente. Todo ello sin condena al pago de las costas de este recurso".

Contra esa última sentencia recurrió en casación la defensa del acusado, oponiéndose al recurso el Ministerio Fiscal

PRIMERO. 1. En el **motivo primero** del recurso denuncia la defensa del acusado, con sustento procesal en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así como en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración de principios y derechos fundamentales que va desglosando en el escrito de recurso dentro de este primer motivo, desglose que realiza de forma dispersa y asistemática, sin que en alguno de los casos, como se verá, fueran impugnaciones que se hubieran suscitado ante el Tribunal de Apelación.

2. En efecto, la defensa comienza el motivo invocando y examinando la vulneración del derecho fundamental al **secreto de las comunicaciones** (art. 18.3 de la Constitución) como un primer submotivo que desarrolla de forma extensa por medio de citas jurisprudenciales y de generalidades sobre los requisitos de las intervenciones telefónicas y las consecuencias de su incumplimiento.

Como la parte ni siquiera había alegado esta vulneración en las fases previas del procedimiento, ni ante el Tribunal del Jurado ni tampoco en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, justifica tales omisiones previas con el argumento de que D. Carlos María ha decidido cambiar su defensa técnico jurídica a los efectos de recurrir en casación, ocupándose de la defensa un nuevo Letrado, por lo que entiende que a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva del acusado y que éste no se encuentre en una situación de indefensión, ha de interesar ahora la nulidad de la sentencia de apelación toda vez que de las intervenciones



telefónicas derivarían el resto de las pruebas de las que las partes se han servido a fin de enjuiciar los hechos objeto de la causa.

A continuación la parte recurrente expone la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las intervenciones telefónicas, haciendo hincapié en que solo serán lícitas las medidas de investigación limitativas de derecho fundamentales que afecten a quienes fundadamente puedan provisionalmente ser tenidos como responsables del delito investigado o se hallen relacionados con ellos.

Cuestiona después el auto dictado por la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 4 de Ceuta el 1 de septiembre de 2015 (folios 118 y ss. de la causa), en el que se acordó la intervención del teléfono perteneciente a Modesta, hermana del acusado, persona que no ha sido acusada en el procedimiento, en base a un informe que emite la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil (U.D.Y.C.O.) (fs. 110 a 116 de las actuaciones), basando su necesidad y sospechas en que se tenía constancia por parte de la Policía Judicial de que la hermana de D. Carlos María es usuaria del teléfono núm. NUM001, mediante el que mantuvo contacto telefónico con él en varias ocasiones; llegando a manifestar que a las horas siguientes a la identificación de su hermano en los hechos y al contactar con ella, ésta mostró una actitud de colaboración, la cual abandonó horas después evidenciando una falta de colaboración.

La parte recurrente aduce la falta de indicios contra la hermana del acusado, sin que se aporten datos relevantes sobre ella en la investigación ni los fundamentos en que se basan para justificar sus informaciones, y en concreto la supuesta llamada realizada a D^a Modesta por parte del acusado, por lo que se estaría ante una intervención de un teléfono "a ciegas".

En vista de lo cual, solicita la nulidad de las intervenciones y de todas las actuaciones posteriores que se derivan de las mismas.

Entiende el recurrente que han utilizado por parte del Tribunal como prueba de cargo para fundar la sentencia condenatoria unas escuchas telefónicas ilegales, conculcando de esta forma el derecho al secreto de las comunicaciones protegido por el artículo 18.3 de la Constitución.

Señala que la medida vulnera los parámetros de proporcionalidad en relación con la preservación de otros derechos constitucionales, ya que no se trata de una medida útil y necesaria para la protección de un bien constitucionalmente importante que aquí equivale a la prosecución de una instrucción penal relevante.

Hace después referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala de casación sobre las escuchas telefónicas como medio de investigación, y también a algún precedente del TEDH sobre la materia, recogiendo así los requisitos y las líneas generales que siguen los referidos tribunales para legitimar las intervenciones telefónicas como medios de investigación y de obtención de fuentes de prueba.

Alude también a la teoría general de las pruebas ilícitas por vulnerar derechos fundamentales, explicando que el resultado probatorio que de ellas se extraen no debe ser tenido en cuenta a efectos de valoración y enjuiciamiento, haciendo también referencia, como ya es regla general en estos casos, a la doctrina de los "frutos del árbol envenenado", de modo que sus efectos negativos deben extenderse a todas aquellas pruebas que tengan su origen directo o indirecto en aquéllas, según se especifica en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con cita también de la doctrina jurisprudencial relativa a la conexión de antijuridicidad.

Y acaba concluyendo la parte que, una vez descartada la prueba derivada de las intervenciones telefónicas, ha de dictarse una sentencia absolutoria a favor del acusado.

3. El Tribunal Constitucional ha venido señalando reiteradamente que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica debe expresar o exteriorizar las **razones fácticas y jurídicas** que apoyan la necesidad de tal intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como concretar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas -en principio, deberán serlo de las personas sobre las que recaigan los indicios referidos-, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez (SSTC 82/2002 ; 167/2002 ; 184/2003 ; 165/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; y 26/2010).

También advierte que la obligación de apreciar razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado, esto es, **el presupuesto habilitante** de la intervención telefónica, constituye **un prius lógico** del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, FJ 7; 138/2001, FJ 3 ; 165/2005, FJ 4 ; 219/2006 ; 220/2006 ; 239/2006 ; y 253/2006).

Precisa el Tribunal Constitucional, en lo que respecta a los indicios, que son **algomás que simples sospechas**, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, "**sospechas fundadas**" en alguna clase de datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido: en el de ser *accesibles* a



terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en el de que han de proporcionar *una base real* de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Han de excluirse las *investigaciones meramente prospectivas*, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional; exclusión que se extiende igualmente a las *hipótesis subjetivas* y a las *meras suposiciones y conjeturas*, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de esas hipótesis, quedaría materialmente vacío de contenido (SSTC 49/1999 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 299/2000 ; 14/2001 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 167/2002 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 253/2006 ; 148/2009 ; 197/2009 ; 5/2010 ; y 26/2010).

Matiza el Tribunal Constitucional que el hecho en que el presunto delito pueda consistir no puede servir como fuente de conocimiento de su existencia; la **fuente del conocimiento** y el **hecho conocido** no pueden ser la misma cosa (SSTC 299/2000 ; 167/2002 ; y 197/2009). Sin que, además, la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios y la ausencia de los datos indispensables pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma (SSTC 138/2001 y 167/2002).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, **integrada incluso con la solicitud policial**, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997 ; 166/1999 ; 171/1999 ; 126/2000 ; 299/2000 ; 138/2001 ; 202/2001 ; 184/2003 ; 261/2005 ; 136/2006 ; 197/2009 ; 5/2010 y 26/2010).

Por su parte, este **Tribunal de Casación**, siguiendo la doctrina constitucional, tiene establecido en reiteradas resoluciones (SSTS 77/2007, de 7-2 ; 610/2007, de 28-5 ; 712/2008, de 4- 11 ; 778/2008, de 18-11 ; 5/2009, de 8-1 ; 737/2009, de 6-7 ; 737/2010, de 19-7 ; 85/2011, de 7-2 ; 334/2012, de 25-4 ; y 85/2013, de 4-2) que de la nota de la judicialidad de la medida de la intervención telefónica se derivan, como consecuencias inherentes, que sólo la autoridad judicial competente puede autorizar el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y a la intimidad, y siempre con la finalidad exclusiva de proceder a la investigación de un delito concreto y a la detención de los responsables, rechazándose las intervenciones predelictuales o de prospección. Esta materia se rige por el principio de especialidad en la investigación.

La medida -señalan las sentencias citadas de este Tribunal- debe ser fundada en el doble sentido de adoptar la forma de auto y expresar una motivación o justificación suficientes. Ello exige de la policía solicitante la expresión de la noticia del hecho delictivo a comprobar y la probabilidad de su existencia, así como de la implicación posible de la persona cuyo teléfono es el objeto de la intervención. Los datos facilitados por la policía han de tener un grado de objetividad que los diferencie de la mera intuición policial o conjetura. Deben ser objetivos en el doble sentido de ser accesibles a terceros y, singularmente, al Juez que debe decidir sobre la medida, pues de lo contrario se estaría en una situación ajena a todo posible control judicial. Y es obvio que el Juez, como director de la investigación judicial, no puede adoptar el pasivo papel del vicario de la actividad policial que se limita a aceptar sin control alguno lo que le diga la policía en el oficio. En definitiva, en la terminología del TEDH, se deben facilitar por la autoridad policial las "**buenas razones**" o "**fuertes presunciones**" a que dicho Tribunal se refiere en los casos Lüdi -5 de junio de 1997-, o Klass -6 de septiembre de 1998-. Se trata de términos semejantes a los que se emplean en el art. 579 LECrim .

4. El examen del auto de intervención de las comunicaciones telefónicas dictado por la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 4 de Ceuta el 1 de septiembre de 2015 (folios 118 y ss. de la causa), en el que se acordó la intervención del teléfono perteneciente a Modesta, hermana del acusado, revela que las alegaciones impugnatorias de la parte recurrente carecen de todo fundamento en este caso.

En efecto, en la referida resolución la Juez, después de consignar en el fundamento primero y segundo la teoría jurisprudencial sobre los requisitos que han de observarse en la adopción de una medida de esa índole referente a la investigación de un delito de extrema gravedad, un posible **asesinato**, recoge en el fundamento tercero cuáles son las razones que en el presente caso fundamentan la legitimidad de la medida.

Y así, se argumenta que la solicitud del teléfono NUM001, cuya usuaria es la hermana del presunto autor material de los hechos, fue facilitado por la propia titular a la policía como teléfono de contacto, según consta en el oficio policial que precede a la resolución cuestionada. Y añade el auto que está resultando imposible localizar y por tanto detener al presunto autor de los hechos, a quien considera oculto o escondido en la BARRIADA001, de Ceuta, lo que dificulta de forma especial su localización, máxime cuando consideran los funcionarios que tiene el apoyo o cobertura de una banda a la que pertenece. También recuerda la policía la



necesidad de encontrar el arma con el que se perpetró el homicidio y la posible implicación de la hermana y otras personas en los hechos.

La policía también especifica en su oficio que se trata de un caso en que es urgente determinar si estamos ante un hecho aislado o si ha sido ordenado por una de las organizaciones criminales que operan en la BARRIADA001 , de Ceuta. También afirma que hay una persona, testigo protegido, que ha identificado al presunto autor de los hechos, persona que acompañaba a la víctima cuando se produjo la acción homicida, según consta en las actuaciones a través de las declaraciones del testigo en la fase de instrucción. E incluso se precisa averiguar cuanto antes si se trata de un ajuste de cuentas entre dos bandas de la referida barriada, una de las cuales sería la de un tal Octavio .

A este respecto, no puede tampoco obviarse que el acto homicida se perpetró el 24 de julio de 2015. Al día siguiente ya había manifestado un testigo presencial, amigo de la víctima, quién era el presunto autor del hecho, pese a lo cual transcurrieron 46 días sin que éste pudiera ser localizado en la ciudad de Ceuta, tiempo muy indicativo y evidenciador de las dificultades que tenía la policía para localizar al presunto homicida. De modo que, una vez agotadas las averiguaciones y pesquisas habituales para localizar a una persona cuya facilidad para ocultarse de la acción policial era ostensible, resultaba razonable acudir a la intervención de algún teléfono que pudiera proporcionar datos sobre la ubicación del ahora acusado.

Por consiguiente, sí se está ante un supuesto en que no se albergan, por tanto, dudas de que la medida era idónea para el fin que se pretendía. También era necesaria, dado que, tras apreciar los notables indicios de que el ahora acusado era el presunto autor de los hechos, y una vez agotadas las posibilidades de localizarlo y detenerlo, y también de completar la investigación sobre la implicación de otros autores, resultaba imprescindible intervenir algún teléfono de las personas más allegadas a él. Por último, al tratarse de un presunto delito de **asesinato**, que conllevaba una pena que podía superar los 20 años de prisión, la autorización judicial cumplimentaba el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

En otro orden de cosas, todas las consideraciones que realiza la parte en su escrito de recurso sobre la ilicitud de la fuente de prueba y de la determinación de nulidades afectantes al conjunto del material probatorio, carecen de fundamento en el presente caso, habida cuenta que cuando se autorizó la intervención telefónica la principal fuente de prueba ya había sido obtenida de forma lícita: la declaración de un testigo presencial, por lo que se estaba ante un supuesto en que se pretendía más bien conseguir otros datos accesorios centrados en la localización del presunto autor material del hecho y de posibles conexiones con otros autores de la acción delictiva.

Así las cosas, este submotivo se desestima.

5. En el mismo motivo primero del recurso se extiende después la parte recurrente en argumentar copiosamente, pero en abstracto, sobre el derecho a la presunción de inocencia, el principio del *in dubio pro reo* y la falta de motivación suficiente de la prueba de cargo, así como su repercusión en el menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva, materias sobre las que hace un recorrido generalizado y no centrado en el caso concreto sobre cuáles son los criterios del Tribunal Constitucional y de esta Sala sobre esas materias.

Pues bien, como esos temas se han suscitado de forma específica y singularizada en el motivo segundo del recurso, nos remitimos a lo que se argumentará y decidirá en el siguiente fundamento de esta sentencia sobre las cuestiones que se plantean *ad hoc* sobre tales materias.

SEGUNDO . 1. El **segundo motivo** de casación lo formula la defensa por infracción de ley y doctrina legal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 de la LECrim .

En el motivo se consigna, pues, en el encabezamiento que lo canaliza por una infracción de ley, sin embargo, omite especificar cuál es la ley que considera infringida. Ya dentro de su argumentación, concreta que denuncia la vulneración de los preceptos penales de carácter sustantivo y criterios jurisprudenciales que deben observarse en la aplicación de la Ley penal, tanto en lo referido a la calificación de los hechos como a la imputación de la autoría de D. Carlos María .

Y casi a continuación, alega la parte que del conjunto de pruebas practicadas no se desprende que el Sr. Carlos María haya podido ser el autor de la muerte de la víctima. Y añade después que si de las pruebas practicadas en el juicio no se desprende que Carlos María es el autor de los hechos enjuiciados, por la existencia de multitud de dudas y no concreción directa de la autoría, no se entiende cómo el Jurado ha emitido un veredicto de culpabilidad.

Después deriva la argumentación del recurso hacia la valoración de la prueba en conciencia, tarea íntima, dice, que debe razonarse no sólo para que la sociedad y el justiciable, el acusador y el acusado sepan por qué han



prosperado o no sus pretensiones, a lo que tienen perfecto derecho, sino también para posibilitar o viabilizar las eventuales impugnaciones, como son las contenidas en el recurso.

Vierte a continuación la parte una serie de disquisiciones sobre la determinación de los hechos probados y la motivación sobre la prueba directa y la indiciaria. Tras ello expone una serie de generalidades sobre la prueba, para acabar diciendo que es imprescindible que se produzca una actividad probatoria de signo inequívocamente acusatorio, es decir, de cargo, que sea razonablemente suficiente para enervar o destruir la presunción de inocencia constitucional y que esa actividad sea legítima. En este sentido, el letrado pone también de manifiesto que si las pruebas sobre las que la sentencia condenatoria ha de apoyarse hubieran sido obtenidas ilegítimamente, jamás podrán servir de base para dicha resolución.

En ese párrafo sí está contenida cuál es la infracción normativa real que denuncia el motivo: la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y por tanto el art. 24.2 de la Constitución, que ha de ponerse en relación con los arts. 852 de la LECrim, y 5.4 de la LOPJ. Éste sí debió ser el encabezamiento del motivo, en lugar de una referencia abierta al art. 849 de la LECrim sin concreción alguna.

Y a partir de aquí la parte entra a examinar su discrepancia concreta sobre la valoración de la prueba por el Tribunal de apelación e indirectamente por el Tribunal del Jurado.

Cuestiona la defensa la apreciación del testimonio de Raúl, por haber dado validez a las declaraciones del testigo en la fase de instrucción al mismo tiempo que no tiene debidamente en consideración las manifestaciones del plenario.

También impugna la defensa que se haya tenido en cuenta la declaración policial del Sr. Raúl y que, además, se considere avalada por el testimonio del funcionario policial que intervino en la diligencia. Impugnación que se extiende al hecho de que el Policía Nacional con carnet profesional núm. NUM002 tomara declaración al padre del finado en el propio hospital una vez que fue hospitalizado el agredido, llegando a manifestar el padre que pudieran tratarse de dos o tres personas las causantes de las heridas en el cuerpo de su hijo; tal y como declaró igualmente en el plenario D. Raúl.

Por lo que se refiere a la declaración de la fase de instrucción del Sr. Raúl, ésta fue aportada al acto de juicio oral mediante testimonio de particulares por parte del Ministerio Fiscal. Habida cuenta de esta tesitura, "se dulcifica" el criterio legal de dotar de imposibilidad convictiva a dicha declaración al contravenir de una forma directa la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado en sede de apreciación de la prueba practicada en el plenario.

Por otro lado, cuestiona también la interpretación que se hace del art. 46.5 de la LOTJ y de la apreciación del testimonio del Sr. Raúl a pesar de que se nutre de los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad que han de regir en el procedimiento por Tribunal del Jurado. Sin que se haya ponderado debidamente su manifestación en el juicio de que no vio al acusado salir del callejón, ni portar pistola alguna, ni disparar a la supuesta víctima; en definitiva, no reconoce al sr. Carlos María como la persona que acabó con la vida del finado.

Otras de las pruebas testificales fueron las intervenciones de los Policías Nacionales con carnet profesional núms. NUM002 y NUM003. La defensa sostiene la nulidad del valor probatorio de las intervenciones de los profesionales anteriormente referidos, pues esta prueba fue llevado a efecto a instancias del Ministerio Fiscal, lo que desembocó en su admisión por parte del Ilmo. Magistrado Presidente a los solos efectos de valorar la credibilidad del único testigo presencial de los hechos, D. Raúl.

Trae a colación la defensa el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2.015, en el que se estableció que las declaraciones prestadas ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio ni pueden operar como corroboración de los medios de prueba.

Señala que la versión del Sr. Carlos María fue verificada y ratificada por un miembro del Jurado, en cuanto éste manifestó que aquél deponía en sentido veraz, pidiendo el Magistrado-Presidente que el acusado se sirviera de la aplicación de Google Maps para que explicara *in situ* lo depuesto con anterioridad. Ante lo cual, el acusado aclaró la posición de los allí presentes el día en que ocurrieron los hechos enjuiciados. Tanto el miembro del Jurado al que hemos hecho alusión (de profesión electricista), como el sr. Carlos María, explicaron que el callejón donde ocurrieron los hechos contaba con una salida al descampado donde se encuentra un aparcamiento habilitado para vehículos por donde podría haber huido perfectamente el supuesto agresor.

A mayores, también incide la defensa en que ha quedado acreditado, a tenor de las declaraciones de D. Raúl y del acusado, que ambos actuaron de la misma forma al escuchar las detonaciones: se marcharon presos del pánico tomando las escaleras el primero con dirección a la casa de su abuela y el segundo en sentido contrario hacia su casa.



Por lo que respecta, a la consideración de que el Sr. Carlos María haya estado en paradero desconocido durante varias semanas la justifica en que a la mañana siguiente de ocurrir los hechos se extendió el rumor por el barrio de que el Sr. Raúl había reconocido a aquél como el autor de la muerte del finado. El sr. Carlos María tenía 18 años en el momento de los hechos, por lo que se asustó debido a la repercusión que ello podría tener. Y, pese a todo ello, el acusado acudió voluntariamente a dependencias policiales para entregarse ante el jefe de la UDYCO de la Policía Nacional de Ceuta.

Finalmente, la parte recurrente aduce que la ropa impregnada con pólvora que se encontró en la entrada y registro practicada en el domicilio de la madre del sr. Carlos María, concretamente el día 24 de Julio, se trataba de una camiseta azul de manga corta de la marca Kalenji, un pantalón corto deportivo de la marca Nike y una camiseta de manga corta de la marca Nike. El sr. Raúl, el único testigo presencial de los hechos, dijo en su primera declaración, ante la policía, que el agresor iba vestido completamente de gris, con pantalón y camiseta corta.

Para concluir hace alusión el recurrente al análisis que la Policía Científica practicó sobre la ropa hallada del sr. Carlos María en la práctica de la entrada y registro de la madre de este último, a fin de determinar si en la precitada ropa existían o no restos de ADN del finado, arrojando la pericia un resultado negativo.

2. Las alegaciones de la defensa sobre la **presunción de inocencia** nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia pruebas de cargo válidas (desde la perspectiva constitucional y legal) y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011; y SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016 y 948/2016, entre otras).

Pues bien, el Tribunal de apelación recoge en su sentencia literalmente la argumentación del Tribunal del Jurado, en los siguientes términos:

"Hemos valorado fundamentalmente la declaración que hizo el testigo (antes protegido) Raúl en el Juzgado. Así mismo la declaración del testigo agente NUM002 que fue quien interrogó a Raúl en su primera declaración. Las declaraciones de estos dos testigos están en sintonía. Hemos valorado que la primera declaración de Raúl fue recogida a las pocas horas del **asesinato**. Hemos tenido en cuenta las contradicciones entre la primera y la segunda declaración de Raúl. En la primera dijo que lo vio disparar y que llevaba la pistola en la mano. Y en la segunda lo niega... En el callejón no había nadie más. No vieron sombras, ni oyeron pasos, ni carreras de otras personas. De la declaración del propio acusado no resulta racional haber presenciado un crimen, salir huyendo del lugar, a continuación ir a casa a cambiarse de ropa, y no pedir ayuda a nadie, sino salir con los amigos de botellón. Los diez meses que el acusado estuvo escondido completa el cuadro que nos lleva al convencimiento que aquí se ha expresado, es decir que Carlos María es culpable de haber causado la muerte de Juan Enrique".

Entiende la Sala de apelación que el veredicto del Jurado está suficientemente motivado. Y en lo que respecta a la apreciación de las declaraciones del testigo D. Raúl, estima que la preeminencia de a la declaración judicial prestada en la fase sumarial sobre la del plenario se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 265/1994, 155/2002190/2003 y 10/2007).

El Tribunal de apelación analiza la declaración judicial sumarial de Raúl, quien en diligencias judiciales sumariales declaró que una persona a quien identificó como Carlos María, conocido por el "Corsario", había salido de un callejón que desembocaba en unas escaleras por donde caminaba su amigo Juan Enrique, y que cuando se encontraba junto a la pared, le apuntó a cara descubierta y efectuó un disparo contra su amigo con un arma que llevaba en la mano. Sin embargo, como en el juicio hubiera declarado el testigo Raúl que efectivamente acompañaba a Juan Enrique por las escaleras que daban acceso al polifuncional de la BARRIADA000, y que oyó una detonación y se tiraron al suelo, comprobando tras recuperarse que su amigo estaba sangrando y que el acusado estaba ante ellos, pero al mismo tiempo negara que hubiera visto al llamado "Corsario" disparar, el Ministerio Fiscal interrogó al testigo por sus contradicciones entre lo declarado en la instrucción y en el juicio oral. La nueva declaración fue sometida a debate y contradicción entre las partes, incorporándose al acta la declaración de Raúl en la fase de instrucción que se entregó al Jurado de acuerdo con el art. 46.5 LOPJ. Los Jurados pudieron así tomar en consideración una u otra de las versiones que había prestado el testigo (art. 714 LECrim); y así lo hicieron estimando más creíble la declaración prestada en fase sumarial. Razonaron, en consecuencia, en el acta del veredicto que les resultaba más convincente por ser



"recogida a las pocas horas del **asesinato**" y destacaron además "que en el callejón no había nadie más, no vieron sombras, no oyeron pasos, ni carreras de otras personas", dato este de suma importancia.

Junto a esta prueba existen otras de índole incriminatorio que vienen a corroborar la versión de Raúl en la instrucción, como fueron las declaraciones prestadas por varios agentes de policía, testigos cuya declaración se produjo por la vía del art. 729.3º LECrim, quienes manifestaron que Raúl, vencido su miedo a declarar en un principio, accedió luego a hacerlo, identificando ante los agentes a la persona que había efectuado el disparo. Esa declaración fue ratificada en el Juzgado de Instrucción.

En consonancia con lo declarado por Raúl en la fase de instrucción se encuentran las manifestaciones de la diligencia pericial emitida por los funcionarios de Policía sobre el arma utilizada en la agresión a Juan Enrique. Otro extremo de índole incriminatorio que viene a confirmar la declaración de Raúl fue la ropa encontrada en casa de la madre de Carlos María, al día siguiente de ocurrir los hechos, una vez identificado al autor de los mismos; en este sentido la policía intervino ropa sucia del acusado en el cuarto de baño, que según la propia madre era la que llevaba puesta su hijo el día anterior, ropa que, analizada posteriormente, dio como resultado positivo a restos de pólvora.

3. El examen de la prueba de cargo de la sentencia recurrida y las remisiones que hace la Sala de apelación a la sentencia del Tribunal del Jurado permiten concluir que en la causa concurre prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, a tenor de la prueba directa e indiciaria practicada.

En efecto, en lo que respecta a la prueba directa la declaración judicial de la fase de instrucción del testigo D. Raúl (folios 21 y ss. de la causa) fue muy clara en el sentido de que la persona que ahora figura como acusado a quien identificó como " Carlos María ", conocido como " Corsario ", había salido de un callejón que desembocaba en las escaleras por el lado por el que caminaba su amigo y que, estando pegado a la pared, les había apuntado a cara descubierta y había disparado con un arma que llevaba en la mano tras quedarse parado uno o dos segundos.

En el juicio oral el testigo reiteró la escena pero excluyendo de la misma al acusado como el autor del disparo, ya que especificó que al acusado sólo lo vio ante ellos después de caer al suelo, pero negó haberlo visto con anterioridad en el momento de salir del callejón ni tampoco que fuera él la persona que disparó.

Como puede fácilmente constatarse, el cambio de la versión era sustancial en lo que respecta a identificar al acusado como el autor del disparo. Y al mismo tiempo es claro que para no desdecirse de manera frontal con lo depuesto en la fase de instrucción, sí admitió que vio después al acusado en el lugar de los hechos, nueva versión que coincide con la aportada por el acusado en la vista oral. Éste no había querido declarar en la fase de instrucción, pero sí lo hizo en el plenario, donde expuso una versión que coincidía con la nueva del testigo, al reconocer que estaba muy próximo al lugar de los hechos, que oyó la detonación y observó después a la víctima tirada en el suelo, no al testigo.

El Jurado, con buen criterio no admitió el cambio sustancial de la narración del único testigo presencial, una vez contrastadas las dos versiones, toda vez que la modificación carecía de toda base razonable y resultaba ilógica.

Y es que todo indica que el testigo modificó su descripción de los hechos sin ninguna clase de fundamentación empírica que explicara semejante mutación de un primer testimonio ante el Juzgado de Instrucción y el segundo del plenario. Todo apunta de forma clara hacia una nueva versión convenida entre testigo y víctima en la que se seguía manteniendo al primero en las proximidades de la escena del crimen pero sin el dato crucial de haberlo visto como disparaba. Máxime si se pondera que el acusado era una persona a quien el testigo conocía desde hacía años por tratarse de un sujeto que era visto habitualmente en la vía pública, a quien la gente identificaba con el apodo de " Corsario ". No había, pues, posibilidad de error en su identificación como autor del disparo. Sin que, al tratarse de una persona relacionada, según la policía, con las bandas organizadas de la ciudad, y que además tenía cierta relación con las armas, pudiera haberle imputado el testigo de forma gratuita la autoría de un hecho tan grave, dado el riesgo que con ello corría.

Más coherente se muestra, en cambio, su reacción de comparecer en el plenario sin el amparo propio de un testigo protegido, dado que en realidad comparecía para avalar la versión del acusado y no para comprometerlo.

De otra parte, la narración acogida por el Jurado aparece refrendada por una serie de datos objetivos indiciarios que la corroboran.

En primer lugar, la prueba pericial determinante de que en la ropa del acusado, intervenida en su vivienda unas horas después de los hechos, presentara restos de pólvora reveladores de un disparo a escasa distancia. La madre del acusado entregó la ropa que éste llevaba puesta la noche de los hechos, por lo que no pueden



concurrir errores sobre la vinculación directa de las piezas de convicción con el ahora acusado. De modo que si bien es cierto que el testigo habló en sede policial de una persona que llevaba vestimenta gris, mientras que la ropa lo era de color azul, excluya el dato contundente de que fuera recogida del domicilio del acusado e identificada por la madre como la vestimenta que llevaba su hijo ese día. Ello significa que el testigo en el momento de la declaración policial o de la memorización de la escena confundió el color de la ropa.

Además de ese dato objetivo, constan otros indicios corroboradores de la autoría del acusado. Así, el hecho de que reconociera que estaba en la proximidad del lugar de los hechos cuando se produce la denotación mediante arma de fuego y que aportara la absurda reacción que, tras haber presenciado una escena tan traumática, se marchara, según él, de botellón con los amigos.

Igualmente, se considera significativo el hecho de que desapareciera durante varias semanas de la ciudad, donde era un sujeto públicamente conocido, sin dar señales de vida, siéndole a la policía imposible localizarlo.

Por consiguiente, concurren indicios objetivables, convergentes y coherentes con la declaración judicial sumarial del único testigo presencial de los hechos. Se trata, pues, de una prueba indiciaria complementaria que fluye inferencialmente con naturalidad en la línea de confirmar la versión inicial del testigo D. Raúl , reforzando su versión, que debe así ser catalogada de lógica, razonable, congruente y consistente. Con lo que queda configurado un cuadro probatorio con un grado de incriminación sin duda suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado.

4. Esta prueba de cargo, y más en concreto **la declaración judicial sumarial del testigo** D. Raúl , no puede devenir ineficaz por el hecho de que no la haya ratificado en el plenario, fase procesal en la que, según ya se adelantó el testigo se desdijo de la identificación del acusado como el autor de los hechos, identificación que sí había afirmado en la fase de instrucción. A este respecto, no puede acogerse la impugnación de la defensa que se centra en cuestionar la validez de las declaraciones judiciales sumariales como prueba de cargo cuando resultan sustancialmente rectificadas en el plenario, tesis que pretende apoyar con la cita el art. 46.5 de la LOTJ .

La interpretación que hace de esa norma la parte recurrente fue rechazada en la **sentencia 653/2010 , de 7 de julio** , del Pleno Jurisdiccional de esta Sala. En ella se argumentó que conviene recordar que el artículo 46 LOTJ , vinculado a las "especialidades probatorias" de este tipo de proceso, según su propia rúbrica, refiere, en su apartado 5, que "el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados".

En esa sentencia incide esta Sala en que la interpretación del art. 46.5 de la LOTJ cuenta con un consolidado criterio jurisprudencial, fraguado sobre la base de su propia dicción literal y de la Exposición de Motivos de la LOTJ que lo inspira, la cual -como han recordado las SSTS 435/2007 y 649/2000 , entre otras- señala el escaso valor concedido tradicionalmente a las pruebas practicadas en el plenario, abogando por un mayor predominio de la prueba practicada ante los jurados encargados del enjuiciamiento (apartado III, inciso 1), en aras de preservar la oralidad, la inmediación y la publicidad en su práctica ante el propio tribunal popular (apartado IV, inciso 3).

Ello no obstante, como han puesto de manifiesto también varios precedentes de esta Sala (por todas, SSTS 2049/2002 o 970/2001), el desarrollo de dicho criterio inspirador no puede conducir a sobredimensionar la propia dicción de la Ley del Jurado para entender que la misma excluya, sin más, el procedimiento de confrontación que prevé el art. 714 LECrim , pues, lejos de ello, tal confrontación es expresamente autorizada en el art. 46 LOTJ . En esta línea, la Sala de Casación se ha mostrado favorable a acoger el valor de aquellos testimonios teniendo en cuenta, como expone la STS citada en primer lugar (435/2007), que los principios relativos a la valoración de la prueba tienen carácter estructural sin que su vigencia pueda depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge; tampoco la literalidad del artículo 46.5 "in fine" sería un obstáculo para esta conclusión favorable a acoger el valor probatorio de los testimonios citados, pues cuando dicho texto legal afirma que las declaraciones efectuadas en fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no tendrán valor probatorio, lo que se quiere proclamar es que, por sí solas, son insuficientes para enervar la presunción de inocencia, de forma que la interpretación combinada de los artículos 46.5 , 34.3 y 53.3 LOTJ lo que pone de manifiesto es que el Legislador no ha propugnado un rechazo, siempre y en todo caso, de las declaraciones sumariales, permitiendo la incorporación de aquéllas al acervo probatorio cuando se detecten contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa.



Esta línea jurisprudencial tiene sus antecedentes -según la sentencia 653/2010 - en las SSTs 1825/01 , 791/02 o 86/04 , que ya habían interpretado el artículo 46.5 LOTJ resolviendo la aparente contradicción de este precepto y señalando igualmente que las declaraciones sumariales, por sí solas, carecen de eficacia probatoria, pero pueden ser valoradas cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, expresando literalmente "si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y los jurados disponen de la misma para constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia. De manera que en estos supuestos la convicción del Jurado no se forma con las declaraciones sumariales, sino con las declaraciones en el juicio que retractan y explican las declaraciones del sumario, explicando la divergencia entre unas y otras, de tal suerte que las declaraciones sumariales fueron atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario. Esta interpretación supone la unificación en la actuación jurisdiccional con independencia del procedimiento en el que se actúe.

Prosigue diciendo la sentencia del Pleno de esta Sala que la propia LOTJ quiebra cualquier interpretación que pretenda negar toda posibilidad de aportación de aquellas declaraciones sumariales al juicio desde el momento en que en el art. 34.3 LOTJ permite a las partes (...) pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen para su posterior utilización en el juicio oral. Evidentemente, entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial, cuya aportación pueden pedir el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, como ocurrió en el presente caso. A través de tales declaraciones sumariales las acusaciones podrán interrogar al imputado en el acto del juicio para que, en caso de ofrecer éste otra versión en dicho acto -por ejemplo, exculpatoria-, sobre la base de tales contradicciones pueda el Tribunal del Jurado estar autorizado para conocer la duplicidad de versiones. Lo que no será posible es proceder a su lectura, por prohibirlo expresamente el art. 46.5 LOTJ , pero sí se autoriza la incorporación al acta de la vista oral -extendida por el Secretario Judicial- de los testimonios referentes a las declaraciones sumariales que se soliciten, de acuerdo con el art. 34.3 LOTJ , con entrega de una copia del acta del plenario a cada uno de los jurados, tal y como autoriza el art. 53.3 LOTJ (STS 649/2000). Lo relevante en todo caso es que la confrontación entre lo declarado con anterioridad y en el juicio oral sea directa con la presencia personal del interrogado.

Esta doctrina ha sido después examinada y supervisada por el Tribunal Constitucional en su **sentencia 151/2013 , de 9 de septiembre** , en la que la jurisdicción constitucional estableció que la decisión de admitir el valor probatorio de las declaraciones prestadas con las debidas garantías de contradicción ante el Juez de Instrucción, introducidas luego en el juicio oral a través del interrogatorio al acusado sobre las contradicciones entre lo que "manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción" (art. 46.5 LOTJ) no sólo no es irracional, arbitraria o manifiestamente errónea al interpretar la legalidad, sino que es conforme con nuestra doctrina, que permite la valoración de las declaraciones sumariales, practicadas con las formalidades legales e introducidas en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Y precisa después que el TC ha declarado que es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE EDL 1978/3879) "integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio (...) introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero). De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (STC 155/2002, de 22 de julio)" (STC 206/2003, de 1 de diciembre).

La especialidad probatoria que establece el art. 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y ante el Juez de Instrucción (STC 2/2002 citada), y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones y entienden las resoluciones impugnadas, que en modo alguno puede considerarse vulneradora del derecho invocado. De este modo el art. 714 LECrim determina que cuando "la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe"; por su parte, el apartado primero del art. 46.5 LOTJ indica -refiriéndose expresamente al acusado- que el "Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto".



La incorporación al proceso de las declaraciones del acusado que han tenido lugar en la fase de instrucción, mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo manifestado en el juicio oral y en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ), también tiene plena acogida en los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado (STEDH de 20 noviembre 1989 -caso Kostovski contra Países Bajos - ap. 41).

A lo anterior debe añadirse -señala la STC- que la decisión de valorar la declaración del acusado prestada con las debidas garantías ante el Juez de Instrucción, se acomoda al carácter estructural de los principios de valoración probatoria, "cuya vigencia no puede depender de las variaciones que cada modalidad de procedimiento acoge" -como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo-, sin perjuicio de que puedan preverse peculiaridades en su práctica en aras a potenciar los principios de oralidad e inmediación. En este sentido, desde el prisma constitucional, carece de sentido que la decisión del procedimiento a seguir -sumario, abreviado o ante el Tribunal del Jurado- pueda definir el acervo probatorio.

Estima también el TC que la interpretación efectuada por la Sala de casación en la sentencia del Pleno Jurisdiccional, no solo es conforme con la previsión legal y constitucional que configura el sistema probatorio contenido en la LECrim; tampoco desborda el tenor literal del art. 46.5 LOTJ , que además de admitir la prueba anticipada, permite traer al acervo probatorio las declaraciones de instrucción mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo allí manifestado y lo dicho en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al Tribunal del Jurado (art. 46.5 LOTJ EDL 1995/14191).

Se mantiene con ello -dice el TC- el equilibrio entre las distintas partes del procedimiento, ponderando adecuadamente los diversos derechos fundamentales afectados por la decisión judicial, sin dejar a la voluntad del acusado lo actuado en el sumario (SSTC 19/1994, de 27 de enero , y 41/1991, de 25 de febrero).

A ello no obsta -especifica el TC- que en el inciso final del art. 46.5 LOTJ se indique que las "declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados"; dicho precepto no es sino reflejo de nuestra doctrina, de acuerdo con la cual "las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 de la LECrim) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985 , no constituyen en sí mismas pruebas de cargo" (STC 137/1988, de 7 de julio). Dicha doctrina no ha sido óbice para que hayamos admitido la prueba preconstituida (art. 730 LECrim), o la valoración -a través de su lectura- de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando exista contradicción con las prestadas por el testigo en el acto del juicio oral conforme al art. 714 LECrim . Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del art. 46.5 LOTJ que contempla también al acusado y al perito), lo hemos considerado aplicable al acusado, sin merma alguna del derecho a la presunción de inocencia (por todas, STC 82/1988, de 28 de abril).

La doctrina jurisprudencial precedente ha sido también recogida en otras sentencias de esta Sala (SSTS 681/2013, de 23-9 ; 1053/2013, de 30-9 ; y 888/2013, de 27-11) y del TC (SSTC 284/2006, de 9-10 ; y 10/2007, de 15-1).

5. Tampoco puede concederse relevancia a las objeciones que formula la defensa por haberse admitido que comparecieran a deponer en el plenario como testigos los **funcionarios policiales** que recibieron la declaración policial al acusado, con el fin de refrendar que el acta extendida en comisaría se ajusta a lo que depuso el imputado.

Esta Sala tiene establecido en algunas resoluciones precedentes que no procede introducir en la vista oral del juicio las declaraciones policiales que no han sido ratificadas en sede judicial, ni siquiera a través del testimonio de referencia de los funcionarios que practicaron la diligencia policial, habida cuenta que, tal como se dice en la STC 68/2010 , una vez que se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración meramente policial del testigo ya no cabe hablar de corroboración a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales.

A este respecto en el Pleno no Jurisdiccional del 3 de junio de 2015 se sometió a debate si los nuevos matices incorporados en la jurisprudencia del TC suponían dar entrada a la validez probatoria de las imputaciones o a las autoimputaciones proferidas en sede policial. En el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional se estableció que "Tampoco pueden ser incorporadas al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron".

Por lo tanto, en este caso no tiene razón la parte recurrente con su queja, toda vez que las declaraciones policiales del imputado sí las había ratificado y ampliado en sede judicial. Ello significa que resultaba ya



indiferente que comparecieran o no a deponer en el juicio los agentes que las recogieron en comisaría, toda vez que habían sido ya validadas en sede judicial. Distinto habría sido si no las hubieran reafirmado en el Juzgado.

6. Por último, en lo que respecta a las objeciones fundamentadas en la vulneración del derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** relacionadas con la falta de motivación del veredicto del Jurado, nos remitimos a lo que se expresa en la sentencia ahora recurrida, en la que el Tribunal de apelación argumenta que la lectura conjunta de las razones que fragmentariamente expone el veredicto del Jurado constata con claridad los motivos que llevan al Jurado a dar por probada la participación de Carlos María en la muerte de Juan Enrique .

El Jurado motiva argumentando que ha valorado fundamentalmente la declaración que hizo el testigo (antes protegido) Raúl en el Juzgado. Así mismo la declaración del testigo agente NUM002 que fue quien interrogó a Raúl en su primera declaración. Las declaraciones de estos dos testigos están en sintonía. Valora también que la primera declaración de Raúl fue recogida a las pocas horas del **asesinato**. Tiene en cuenta las contradicciones entre la primera y la segunda declaración judiciales de Raúl . En la primera dijo que lo vio disparar y que llevaba la pistola en la mano. Y en la segunda lo niega.... En el callejón no había nadie más. No vieron sombras, ni oyeron pasos, ni carreras de otras personas. De la declaración del propio acusado no resulta racional haber presenciado un crimen, salir huyendo del lugar, a continuación ir a casa a cambiarse de ropa, y no pedir ayuda a nadie, sino salir con los amigos de botellón. El tiempo que el acusado estuvo escondido completa el cuadro que lleva al Jurado al convencimiento que aquí se ha expresado, es decir que Carlos María es culpable de haber causado la muerte de Juan Enrique .

El Jurado recoge, pues, en su motivación del veredicto elementos de convicción suficientes para fundar una sentencia condenatoria, y los expone de una forma que resulta inteligible y lógico su proceso de razonamiento, por lo que no cabe hablar de incumplimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En vista de todo lo que antecede, todo el motivo segundo debe ser también rechazado.

TERCERO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de **Carlos María** contra la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de fecha 20 de noviembre de 2018 , que confirmó en apelación la del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, dictada en la causa seguida por los delitos de **asesinato** y tenencia ilícita de arma reglamentada.

2º. Se imponen al recurrente **las costas** de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y la Audiencia Provincial de Cádiz con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro

Carmen Lamela Diaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina