



Roj: **STS 5236/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5236**

Id Cendoj: **28079120012016100893**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2016**

Nº de Recurso: **566/2016**

Nº de Resolución: **894/2016**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 2972/2015,**
STSJ CAT 12272/2015,
STS 5236/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Noviembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación de **Millán**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, contra sentencia dictada con fecha 16 de diciembre de 2015 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de abril de 2015, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Vallellano; y como parte recurrida el Ayuntamiento de Igualada representado por la Procuradora Sra. Dña. Isabel Covadonga Julia Corujo.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Procedimiento del Jurado número 27/2014 procedente del Juzgado de Instrucción número 2 de Igualada, seguida por un delito de falsedad en documento oficial en concurso con un delito de exacciones ilegales y un delito de malversación de caudales públicos, contra **Millán**, dictó sentencia con fecha 7 de abril de 2015 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** "PRIMERO.- Que el acusado *Millán* mayor de edad, sin antecedentes penales gozaba de la condición de Agente de la Policía Local de Igualada (Barcelona) con el número de TIP nº NUM000 durante todo el año del 2008.

SEGUNDO.- Que el acusado *Millán*, en el marco del ejercicio de sus funciones, en fecha de 2 de noviembre del 2008 y con plena conciencia y voluntad de alterar uno de los datos obrantes en el registro informático de gestión del Depósito Municipal de Igualada, modificó en aquél la fecha de entrada del vehículo de la marca Land Rover Santana con matrícula G-....-OX propiedad de la empresa FIBAD S.A. que era la del 4 de mayo del 2006 haciendo constar como fecha de dicha entrada la del 2 de noviembre del 2008, coincidiendo con la fecha de salida.

TERCERO.- Que el acusado *Millán*, en ejercicio de sus funciones realizó esa conducta consiguiendo evitar el pago de las tasas de pupilaje, entregando el vehículo de la marca Land Rover Santana con matrícula G-....-OX propiedad de la empresa FIBAD S.A. a Celso .

CUARTO.- Que el acusado *Millán* en fecha no determinada del mes de Diciembre del 2008, en ejercicio de sus funciones, retiro del Depósito Municipal el vehículo turismo Volkswagen Golf, matrículaQQ, propiedad de Isidoro, sirviéndose del mismo para usos propios, y sin pagar la tasa del pupilaje que se había generado.



QUINTO.- No se ha probado que el acusado reintegrara el referido vehículo al Depósito Municipal de Vehículos una vez fue comunicado el inicio de la investigación.

SEXTO.- En la tramitación del procedimiento ha existido una dilación entre la fecha de los hechos, año 2008, y el presente juicio en fecha de marzo del 2015".

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS:** Condenar a Millán como autor de un delito de delito de falsedad del art. 390.1.1º en concurso medial del art. 77 con un delito de fraudes y exacciones ilegales del art. 436 todos ellos del CP , a las penas de nueve meses de prisión con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de diez €, con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago e insolvencia, inhabilitación especial para el empleo o cargo público de policía local por tiempo de seis meses.

Y como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos del art. 433, en relación con el art. 432 ambos del CP a las penas de cuarenta y cinco días multa con cuota diaria de diez €, con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago e insolvencia, suspensión del empleo o cargo público de policía local por tiempo de cuarenta y cinco días.

Pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez días, para ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de conformidad con los arts. 846 bis a) y siguientes de la LECRim .".

Esta resolución fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, que con fecha 16 de diciembre de 2015 , dictó el siguiente pronunciamiento: **PARTE DISPOSITIVA: LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, DIJO:** Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado Millán y el interpuesto con carácter supeditado por el Ministerio Fiscal, ambos contra sentencia dictada en el procedimiento del Jurado nº 27/14, debemos confirmar dicha resolución, declarando de oficio las costas del recurso.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al acusado, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ".

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

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMERO.- Al amparo de la rt. 849.1º LECrim., por infracción de Ley, por aplicación indebida de los arts. 390.1.1º, 436 y 433 CP , y no aplicación del art. 14 CP en materia de error de tipo.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., y arts. 61.d , 63 , 64 y 70 LO 5/1995 , en relación al deber de motivar las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la legalidad penal, arts. 24 y 25 CE .

TERCERO.- Al amparo del art. 851.3 LECRim .

CUARTO.- Al amparo del art. 852 LECRim ., en relación con el art. 46.5 LO Tribunal del Jurado , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la defensa (art. 20 CE) por indebida admisión de prueba documental causante de indefensión al haberse producido una condena sin haber sido desvirtuada la presunción de inocencia (art. 24.2 CE , tutela judicial efectiva).

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Por Providencia de esta Sala de fecha 27 de octubre de 2016 se señala el presente recurso para fallo para el día 14 de noviembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por el Tribunal de Jurado, que confirma, y que condenó al recurrente como autor de un delito de falsedad en concurso medial con un delito de fraude y exacciones ilegales.

Conviene realizar, con reiteración de antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, una reflexión previa sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado.

Con las SSTS nº 660/2000 de 12 de Diciembre , 1126/2003 de 19 de Septiembre , la nº 1211/2003 y las más recientes 41/2009 de 20 de Enero , 168/2009 de 12 de Febrero y 717/2009 de 17 de Junio y más recientemente SSTS 85/2012 , 136/2012 , 903/2012 de 21 de Noviembre , 1027/2012 de 18 de Diciembre , 302/2013 de 27 de Marzo , 721/2013 de 1 de Octubre y 127/2015 , debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la Ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica , esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad".... la Constitución garantiza.... la seguridad jurídica...." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos. Seguridad jurídica y defensa del derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley son, por lo tanto, los fundamentos del recurso de casación y la perspectiva de control es el aseguramiento de la unidad de la interpretación y la interdicción de la arbitrariedad.

En acatamiento al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984 que finalmente fue ratificado por España el 15 de Octubre de 2009, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "....aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior....", lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley --principio de legalidad y seguridad jurídica-- máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación.

Lo anterior cobra especial relevancia en el presente caso porque el recurrente opone a la sentencia recurrida aspectos que no integraron su recurso de apelación y que, en su día determinaron que su formalización, fuera acompañada de un recurso de adhesión, supeditado al de la defensa del acusado, formalizado por el Ministerio fiscal. De manera que la casación, *per saltum*, que se propone por la defensa del acusado, ni fue objeto de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, ni posibilita un recurso de apelación por adhesión como el que presentó en la instancia la acusación pública. En consecuencia los motivos de oposición formalizados en casación que no fueron objeto de previa apelación ante la jurisdicción revisora, deberán ser rechazados por su defectuosa formalización.

No obstante, y a fin de tutelar al recurrente en su impugnación exponemos unas breves reflexiones para su desestimación.

Así en el primer motivo opone un error de derecho del art. 849.1 de la Ley procesal penal , afirmando un error de derecho por la indebida aplicación del art 390 del Código penal , el delito de falsedad , al no resultar del relato fáctico que la actuación del funcionario fuera "en el ejercicio de sus funciones", dado que aunque era funcionario público no tenía a su cargo la cobertura de las lesiones de la grúa municipal. En el delito de malversación destaca que no correspondía al recurrente la función de guardar los depósitos económicos del servicio de la grúa, por lo que no puede ser el autor del delito especial, al no ser el funcionario encargado de esa función. Alude, por último, en este motivo a la ausencia de la determinación de "elemento descriptivo o fáctico fundamental del tipo penal" que concreta en la ausencia de móvil económico del acusado y en la ausencia de dolo.



El motivo debe ser desestimado. Ello no sólo porque no fue objeto de impugnación a través del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, por lo tanto por la vía procedente que posibilita una reacción de la contra-parte, también porque el relato fáctico, del que debe partirse en la impugnación formalizada, afirma la concurrencia del elemento de autoría preciso para la configuración del delito objeto de la condena. El recurrente no sólo era funcionario público, también actuó en el marco de sus funciones alterando los datos obrantes en el archivo informático, consignando en el hecho segundo, que no se pagaron los gastos de pupilaje, y en el cuarto la utilización de un vehículo para usos propios sin reintegrarlo al depósito. La propia literalidad del relato fáctico refiere una actuación intencional típica del dolo por el que ha sido condenado.

Del relato fáctico resulta, por lo tanto, la alteración de la realidad jurídica preexistente, la alteración del archivo informático, lo que supuso un impago de tasas derivadas de la recogida y custodia del vehículo y su realización por un funcionario público encargado de la custodia del depósito municipal de la grúa. De lo anterior resulta la tipicidad de los hechos en los artículos del Código penal objeto de la condena, pues no cabe duda de que el archivo es de naturaleza oficial, que el recurrente es funcionario público con funciones en el depósito de vehículos, y que estos allí depositados generan unos gastos que, tarifados, no han sido abordados, precisamente, por la conducta del recurrente que modifica los presupuestos de generación de la deuda para su impago. Además la conducta de utilización para fines propios de un vehículo custodiado supone la realización del tipo de la malversación por el que ha sido condenado.

SEGUNDO.- Cuestiona en el segundo de los motivos de la formalización la insuficiencia del deber de motivación del jurado sobre aspectos concretos de la condena. Así la condición de funcionario y las funciones encomendadas. El motivo carece de base atendible y será desestimado.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el alcance del deber de motivación del veredicto y de la sentencia del Tribunal de Jurado y se viene creando un cuerpo de doctrina que es oportuno examinar.

Así, en la Sentencia 170/2015, de 20 de marzo, se recuerda que el Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia.

Y cuando se trata de la motivación del objeto del veredicto, en la Sentencias dictadas por el Tribunal de Jurado, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 694/2014, de 20 de octubre, que no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que un juez profesional. Por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere en el artículo 61.1. d) que conste en el acta de votación la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos. Con ello se configura la motivación del veredicto, que debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 de la Ley, completando aquellos aspectos (SSTS 816/2008, de 2-12; 300/2012, de 3-5; 72/2014, de 29-1; 45/2014, de 7-2; y 454/2014, de 10-6, entre otras). Y en las mismas sentencias que se acaban de citar también se argumenta que la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado viene precedida del acta de votación, que constituye su base y punto de partida, pues contiene la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que el colegio decisorio ha admitido o rechazado determinados hechos como probados. Pero debe ser desarrollada por el Magistrado-Presidente al redactar la sentencia, expresando el contenido incriminatorio de esos elementos de convicción señalados por los jurados y explicitando la inferencia cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos. Se trata de una responsabilidad que la Ley impone a quien puede cumplirla, pues el Magistrado-Presidente ha debido asistir atento al juicio y a sus incidencias, ha estimado en el momento procesal correspondiente que existe prueba valorable que impide la disolución anticipada, ha redactado el objeto del veredicto y ha debido impartir al Jurado instrucciones claras sobre su función y la forma de cumplirla adecuadamente.

Y es también jurisprudencia de esta Sala (Cfr. sentencia 139/2015, de 9 de marzo, con cita de las sentencias 628/2010, de 1 de julio, y 454/2014, de 10 de junio), que podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:



a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90, de 19-2 y 101/92 de 25-6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92, de 2-11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC 284/2002, de 15-9 , que en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas. (STS. 770/2006 de 13.7).

Expuesta la jurisprudencia de esta Sala comprobamos la efectiva concurrencia de una sucinta motivación que recoge el acta del veredicto. Así respecto del hecho primero, delito de falsedad documental, se afirma que el Jurado ha atendido a las declaraciones del acusado, reseñando sus fechas, "que incurren en contradicción con las del juicio oral y nos parecen máBs ajustadas a la realidad, así como las manifestaciones efectuadas por los testigos, que identifica por sus nombres, así como nos apoyamos en los documentos 218 y 222 (donde aparece el nombre del acusado como "usuario cobrador") y 223 donde se ve la modificación de la fecha tal y como el mismo admitió en su declaración de 10/11/2011".

Se trata de una expresión suficiente del proceso de convicción del Jurado en el que explica, desde la apreciación inmediata de la prueba personal y de la documental, el fundamento de su convicción. Con respecto al delito de exacciones ilegales, el Jurado afirma su convicción desde las propias declaraciones del acusado quien manifestó haber realizado la conducta para que el Sr. Celso no tuviera que pagar los gastos de pupilage. El jurado expresa su convicción respecto a los distintos hechos y delitos objeto de la acusación sin que la afirmación del recurrente, que estima no satisface las exigencias de sucinta motivación, alcance a cuestionar la realidad documentada en el acta en la que se refiere de forma pormenorizada la expresión de la convicción y su fundamento.

TERCERO.- En el tercer motivo planea una cuestión singular. Denuncia que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia no da respuesta a las alegaciones expuestas oralmente en el recurso de apelación, limitándose a referir que las argumentaciones del recurso son imprecisas y parcas.

El motivo carece de base atendible pues no es posible efectuar una revisión en orden al contenido de las alegaciones no respondidas por el tribunal de la apelación cuando no hay constancia de su realización en los términos que ah a denuncia. Sin perjuicio de ello, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia analiza y motiva la resolución que le ha sido plantada.

CUARTO.- Se queja en este motivo de la incorporación al enjuiciamiento de las diligencias preprocesales, el atestado policial y las declaraciones efectuadas ante la fiscalía en la que el acusado reconoció los hechos en la confianza de la irrelevancia de esas declaraciones pues no se efectuaban en sede judicial.

El motivo se desestima. Tanto la sentencia del Tribunal de Jurado como la de la apelación afirman la convicción sobre el contenido de las declaraciones en el juzgado de instrucción en las que ratificó sus anteriores declaraciones ante el Ministerio fiscal.

Con respecto a la valoración de la prueba del sumario y, concretamente, de las declaraciones sumariales conforme al art. 46.5 de la LOTJ , esta Sala tiene declarado, por todas las SSTs. 40/2015 de 12.2 , 1033/2009 de 30.9 que el Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional más, incluido dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de las peculiaridades de cada tipo de procedimiento, los principios, las reglas y los criterios que se tienen en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse substancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con



jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Las reglas generales en las materias aceptadas de forma consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por esta misma Sala, pueden sintetizarse de la forma siguiente: en primer lugar, puede establecerse con carácter general que las pruebas que son hábiles para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral, pues el Tribunal encargado del enjuiciamiento debe formar su convicción en contacto directo con el material probatorio aportado por la acusación, a quien le corresponde la iniciativa probatoria. Así resulta del artículo 741 de la LECrim ., que se refiere a las pruebas practicadas en el juicio. Las diligencias practicadas en la fase de instrucción constituyen, por tanto, meras actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos, orientadas de un lado a su esclarecimiento objetivo y subjetivo, y, de otro, a descubrir los medios de prueba de los que las partes pueden disponer en el caso de que se alcance la fase de juicio oral. Ha señalado esta Sala en la STS núm. 1357/2002, de 15 de julio , que: "la presunción de inocencia, por otra parte, implica que la carga de la prueba recae, en principio, sobre las partes acusadoras, que la convicción del Juez o Tribunal -a los que corresponde valorar en conciencia las pruebas practicadas (art. 117.3 CE y art. 741 LECrim)- ha de obtenerse mediante las pruebas practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, salvo los supuestos de la prueba anticipada o preconstituida en los casos legalmente permitidos, lo que no es óbice para que también puedan tenerse en cuenta a tal fin las diligencias practicadas en la fase de instrucción cuando lo hayan sido con plena observancia de las correspondientes garantías legales y constitucionales y hayan sido introducidas en el juicio oral con posibilidades de contradicción".

En segundo lugar, aquella afirmación inicial no puede entenderse de forma tan rígida y radical que excluya totalmente la validez probatoria de determinadas diligencias sumariales. Excepcionalmente, las diligencias practicadas en la fase de instrucción pueden valorarse válidamente con carácter probatorio en determinados casos que han sido ya señalados en la jurisprudencia.

Así ocurre cuando, practicada la correspondiente diligencia en la fase de instrucción, no resulte posible o sea extremadamente difícil su reproducción en el juicio oral. A ellos se refiere el artículo 730 de la LECrim ., precepto que ha sido aplicado concretamente a los supuestos de testigos fallecidos, o que se encuentren en el extranjero fuera de la jurisdicción del Tribunal, o bien en paradero desconocido, tras las pertinentes diligencias para su busca. El artículo 448 de la LECrim . contiene normas relacionadas con la posibilidad de prever durante la instrucción que tales sucesos se produzcan. De la misma forma, la jurisprudencia ha establecido que cuando se produzcan retractaciones o rectificaciones relevantes entre las declaraciones de la fase de instrucción y las que se realicen en el juicio oral, el Tribunal puede otorgar mayor valor a unas u otras, en todo o en parte, actuando la regla establecida en el art. 714 de la Ley procesal .

Para ello es preciso que concurren dos circunstancias: en primer lugar, que hayan sido practicadas en la fase de instrucción de modo inobjetable, es decir, cumpliendo todas las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria pertinentes en esa fase. Y, en segundo lugar, que sean introducidas en el juicio oral de modo que sea posible someterlas a contradicción por las partes.

El artículo 46.5 de la LOTJ dispone en su último párrafo 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", lo cual, en una interpretación literal supondría una excepción a lo antes señalado como reglas generales en la materia, ya que vendría a excluir de forma terminante el contenido de cualquier declaración no efectuada en el plenario. Sin embargo, el propio artículo establece que: "las diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba", y también 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", lo cual debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 34.3 de la propia LOTJ : "las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral".

De todo ello se desprende que los jurados no solo conocen lo declarado en el juicio, sino que, primero, a través del interrogatorio y, después, del testimonio incorporado al acta, también acceden a lo manifestado en la fase de instrucción, de manera que no pueden ignorar el contenido de todas las declaraciones prestadas, pudiendo valorar las primeras en relación a las efectuadas en el juicio oral, con las contradicciones que resulten entre ellas y con las explicaciones que sobre las mismas aporten sus autores. En este sentido, decíamos en la STS núm. 24/2003, de 17 de enero , con cita de la STS núm. 1825/2001, de 16 de octubre de 2001 , que: "no debe asumirse sin razón o fundamento alguno que existen dos regulaciones procedimentales sobre la valoración de



la prueba sumaria entre el enjuiciamiento por tribunal profesional y el derivado del tribunal del jurado, pues si han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción por el acusado, testigos o peritos, 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".

El artículo 46.5 impedirá que se tengan como prueba las declaraciones sumariales con carácter general, pero no impide tener en cuenta aquellos casos excepcionales en los que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de valorarlas una vez incorporadas adecuadamente al juicio oral, siempre que se hayan practicado en su momento de forma inobjetable. Tal forma de entender el precepto, superando una interpretación rígidamente autónoma del mismo, permite su integración en el sistema general del enjuiciamiento penal, de acuerdo con las reglas establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala en la interpretación y aplicación de la ley procesal bajo el prisma de la normativa constitucional. En este sentido, se decía en la STS núm. 1240/2000, de 11 septiembre, que lo que hace precisamente este precepto es incorporar, de modo muy sintético, la doctrina constitucional y jurisprudencial anteriormente reseñada.

En definitiva el último número del art. 46 LOTJ, contiene una especialidad en cuanto a las declaraciones de los acusados, testigos y peritos. La LECrim. determina que en los casos en que los testigos presten declaración en el juicio oral que difiera de aquello que dieron en el sumario, las partes pueden pedir la lectura de esta declaración y el Presidente invitará a los testigos a explicar las diferencias entre ambas (art. 714 LECrim .). El art. 46.5 LOTJ . permite a las partes interrogar a los que prestan declaración sobre las contradicciones entre lo que habían manifestado en el sumario y lo que declaran ante el tribunal del jurado, pero modifica la regla transcrita del art. 714 LECrim ., y únicamente permite que las partes se valgan de las anteriores declaraciones sumariales sin que puedan pedir su lectura. Por otro lado, el sumario no está a disposición del Tribunal y no cabe que pueda leerse.

Como el art. 34 LOTJ, permite a las partes que pidan los testimonios que les interesen, después del interrogatorio sobre las contradicciones que aparezcan entre las anteriores declaraciones y las que se acaban de hacer, la parte aportará el contenido de la primera declaración mediante el testimonio que obrará en su poder y que previamente han solicitado al amparo del indicado art. 34.3 LOTJ. No hay más remedio que armonizar este precepto, art. 46.5, con los arts. 34.3 y 53.3 de la propia Ley del Jurado. De la coordinada interpretación de los tres preceptos es incontestable que 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, 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 (STS. 1825/2001 de 16.10).

Esta Sala ha entendido que la Ley del Jurado no excluye el procedimiento de confrontación que prevé el art. 714 LECrim. sino que lo autoriza expresamente en el art. 45 LOTJ. Por lo tanto, si las partes pueden señalar a los testigos, peritos y acusados, sus contradicciones y éstas pueden ser objeto del debate, es evidente que el jurado tomará conocimiento de las contradicciones, aunque las actas del sumario no se puedan leer durante el juicio. Carecería de sentido procesal que, informado de la existencia de las contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en presencia de los jurados, se le impidiera al jurado verificar por sí dichas contradicciones (STS. 1970/2001 de 30.10).

En esta dirección la STS. 672/2012 de 5.7, es clara al respecto al recordar que: "Desde esta realidad, esta Sala de Casación ni puede en su condición de garante del control de legalidad, apreciar unos supuestos de ilegalidad que se atiene escrupulosamente a las previsiones de la Ley del Jurado, ni debe superar la contradicción apreciable entre las previsiones legales contenidas en el art. 46-5º apartado primero en relación con el art. 53-3º y el art. 46-5º apartado segundo mediante la inaplicación de toda la regulación legal correspondiente a la incorporación al acta de los testimonios cuando en definitiva, por ese conocimiento de las actuaciones sumariales no se produce sic et simpliciter la quiebra del principio de que "nada llega juzgado al Plenario" y por otro lado, el conocimiento de la diversidad de declaraciones ofrecidas en el sumario puede ser conocida por el Colegio de Jurados a través del interrogatorio contradictorio en el que, aún sin leer tales declaraciones, de acuerdo con el art. 46-5, aquellas quedan evidentes y documentadas en el acta, habiéndose aceptado por reiterada doctrina del T.C. y de esta Sala – SSTS de 17 de Marzo de 1993, 7 de Noviembre de 1997, 23 de Septiembre de 1998, 14 de Mayo de 1999, 14 de Enero de 2000, entre otras muchas--, la legalidad de tal prueba que no puede cuestionarse en relación al juicio por Jurados salvo que se acepte el riesgo de romper la unidad del sistema de justicia penal de suerte que las normas de admisión de las pruebas sean diferentes, según se esté ante un Tribunal de Jueces o un Colegio de Jurados. En tal sentido, STS 162/2006 de 15 de Febrero .



Pues bien en el presente caso es claro de conformidad con la doctrina expuesta que no puede efectuarse ninguna censura o crítica ni mucho menos sostener que ha habido vulneración de las normas reguladoras del Tribunal del Jurado, por el hecho de que los jurados hayan tenido acceso a las declaraciones en sede judicial de testigos y/o inculpados en fase de instrucción. Es consolidada doctrina de esta Sala que es correcto tal proceder y en tal sentido se pueden citar las SSTs 204/1998 ; 649/2000 ; 1357/2002 ; 1576/2005 ; 334/2011 , entre otras.

Por último es particularmente interesante la STC. 151/2013 de 9.9 , que en un caso de procedimiento por Jurado en el que la condena se había sustentado, principalmente, en la valoración de la confesión del acusado ante el Juez de instrucción, declaró que: "que la interpretación que del art. 46.5 LOTJ efectúan las Sentencias impugnadas no vulnera el derecho a la presunción de inocencia invocado por el demandante, ni excede de la competencia correspondiente a los órganos judiciales en el ejercicio de su exclusiva función jurisdiccional (art. 117.3 CE).

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 , FJ 7, 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".

Consecuentemente, el motivo se desestima.

QUINTO.- Sostiene el recurrente que la nueva redacción del art. 432.2 del Código penal , tras la reforma operada por la ley 1/2015 que modifica el Código penal, le resulta más favorable, por lo que procede acomodar a la nueva ley penal la condena impuesta.

El motivo se desestima. El recurrente ha sido condenado por un delito de malversación del art. 433 en relación con el art. 432 del Código penal concurriendo la atenuación por dilaciones indebidas cualificadas a la pena de cuarenta y cinco días multa con cuota diaria de diez euros y suspensión del empleo de policía local por cuarenta y cinco días. Pena, desde luego inferior a la que procedería de aplicar la nueva normativa penal.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación del acusado **Millán** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 16 de diciembre de 2015 , conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de abril de 2015 . Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas . Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro Perfecto Andres Ibañez Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andres Martinez Arrieta , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.