



Roj: **STS 1727/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1727**

Id Cendoj: **28079120012018100218**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2018**

Nº de Recurso: **10476/2017**

Nº de Resolución: **225/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 225/2018

Fecha de sentencia: 16/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10476/2017 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: Sala Civil y Penal Tribunal Superior Justicia de Castilla y Leon

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: AMG

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10476/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 225/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Dª. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 16 de mayo de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 10476/2017 P interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL, Luis Miguel , Bartolomé , Elisenda** , bajo la dirección letrada de D. Antonio Barbero Díaz, D^a Beatriz Margarita Bernal Gaipo y representados por las Procuradoras D^a Concepción Rey Estevez, D^a M^a Gemma Fernández Saavedra, y D^a Amparo Ivana Rouanet Mota respectivamente contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y Leon, con fecha 30 de mayo 2.017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida la Acusación Particular en representación de D^a Remedios , representada por la Procuradora D^a Paloma Briones Torralba, bajo la dirección letrada de D^a Susana Alonso Marta

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de mayo de 2.017, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y Leon, Sala Civil y Penal, dictó sentencia conteniendo los siguientes:

HECHOS PROBADOS: De conformidad con el veredicto emitido por el Jurado se declaran probados los siguientes HECHOS: El acusado, Bartolomé , mayor de edad, con antecedentes penales por estafa, robo y violencia de género, conoció al acusado Luis Miguel , mayor de edad, con antecedentes penales por robo, tenencia ilícita de armas y tráfico de drogas, en la localidad de Fontiveros (Ávila), manteniendo contacto y relación entre ellos, que continuó cuando Bartolomé se trasladó a vivir a Madrid, a la C/ DIRECCION000 n ° NUM000 , NUM001 , una vivienda perteneciente a la familia del acusado Leovigildo , mayor de edad, sin antecedentes penales.

En los meses de Agosto y Septiembre de 2014, el acusado Luis Miguel acudió, en varias ocasiones, a visitar a Teodoro , a los establecimientos que éste regentaba, para reclamarle deudas pendientes, acudiendo con él, en una ocasión, en agosto, la acusada, Elisenda , mayor de edad, sin antecedentes penales, sin conseguir cobrarle las deudas. A finales de septiembre de 2014, Luis Miguel le pidió a Bartolomé que le acompañara a cobrar las deudas que mantenía con él Teodoro , ofreciéndole una recompensa y diciéndole que tenía que conseguir una arma para facilitar el cobro de las deudas.

A principios de octubre de 2014, Bartolomé , se puso en contacto con Arturo , quien aceptó proporcionarle un arma marca "Walter" P9mm., quedando con Bartolomé en que éste iría a su domicilio en Fuenlabrada (Madrid), el 5.10.14, a recogerla, y le abonaría 1.300 € como precio. Respecto a Arturo siguieron diligencias judiciales 2.773/15, en el Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid por delito de tenencia ilícita de armas.

La noche del sábado 4 de octubre al domingo 5 de octubre de 2014, Bartolomé estuvo de fiesta en Madrid, con Leovigildo y otros amigos, celebrando los cumpleaños de algunos de ellos, y, durante la noche, Bartolomé recibió varias llamadas telefónicas de Luis Miguel , que le conminaba a recoger el arma para acudir a cobrar la deuda a Teodoro , quedando finalmente ambos en que acudirían el 5 de octubre al domicilio de Arturo a recogerla.

El 5 de octubre de 2014, sobre mediodía, Luis Miguel se trasladó, en su vehículo, hasta Madrid, a la Plaza de Toros cubierta de Leganés, donde recogió a Bartolomé , y juntos, fueron a Fuenlabrada, al domicilio de Arturo , quien les entregó una pistola "Walter", junto con cinco o seis balas, abonándole Luis Miguel 1.300 €, tras comprobar que estaba en uso.

A continuación, Luis Miguel y Bartolomé se dirigieron en el vehículo Mercedes, propiedad y conducido por Luis Miguel , a la localidad de Medina del Campo, a donde llegaron a las 20.00 horas, acudiendo al domicilio de Marí Juana , hermana de Luis Miguel , y su compañero sentimental, donde estaba también Elisenda y donde permanecieron unos minutos abandonándolo después los tres acusados.

De nuevo en el vehículo, los tres acusados, se dirigieron al establecimiento de alterne llamado Club Las Vegas, regentado por Teodoro , en la carretera de Madrid, en las afueras de Medina del Campo, habiendo comprobado telefónicamente que Teodoro se hallaba en el interior, llegando allí sobre las 20,30 horas, con la finalidad de cobrar la deuda.

Una vez allí, Luis Miguel estacionó el vehículo en la zona de aparcamiento situada a la entrada del Hotel San Roque, al otro lado de la carretera, frente al Club Las Vegas, permaneciendo Elisenda en el interior del vehículo, en actitud vigilante, conocedora de que Luis Miguel y Bartolomé pretendían el cobro de la deuda y podían hacer uso del arma que llevaban para lograrlo.

Luis Miguel y Bartolomé entraron en el local Club Las Vegas, llevando la pistola y pudiendo hacer uso de la misma con el fin de lograr su propósito de cobro de la deuda, y asumiendo las consecuencias del uso de la misma, y hallaron, tras la barra, a Teodoro , y, en el lado izquierdo, junto a la barra, tres de las trabajadoras del local, y, en el interior a la trabajadora Margarita , que se introdujo en la cocina al llegar los acusados.



Tras acceder al interior del local, Luis Miguel y Bartolomé solicitaron una consumición cada uno y Luis Miguel comenzó a hablar con Teodoro , reclamándole la deuda, y, de repente, uno de los dos, Luis Miguel o Bartolomé , con la aquiescencia del otro, empuñó el arma descrita anteriormente, apuntando a Teodoro , que trató de huir, dando la espalda a quien portaba el arma, que disparó y le alcanzó en la espalda, con orificio de entrada a la altura de la 12a vértebra dorsal y salida en la cara anterior del hemitórax izquierdo, herida mortal de necesidad, pero que no le hizo perder la conciencia en ese momento.

Al oír los disparos, las tres trabajadoras que se hallaban junto a la barra, trataron de huir, una de ellas por la puerta principal y las otras dos por la puerta que daba acceso a una puerta trasera que daba a un descampado.

La otra trabajadora, Margarita , salió desde la cocina hasta la barra, y, al ver a Luis Miguel o a Bartolomé empuñando el arma, trató de huir, protegiéndose en la esquina del local, y siendo disparada por uno de ellos, con consentimiento y concierto previo del otro, en el hombro izquierdo, quedando alojado el proyectil junto al omóplato, herida no mortal, y colocando las manos en la cara para protegerse, fue disparada por alguno de los dos acusados, recibiendo un disparo que le atravesó los dedos 3° y 4° de la mano izquierda, penetrando en la cabeza por la parte alta de la frente, quedando alojado el proyectil en el hueso esfenoideos del cráneo, produciéndole la muerte en el acto, sin posibilidad de defenderse.

A continuación, uno de los dos acusados, Luis Miguel o Bartolomé , se acercó al lugar en el que se hallaba Teodoro , tendido en el suelo, boca abajo, entre la salida de la barra hacia las habitaciones y la cocina, y le disparó en la cabeza, con orificio de entrada en la parte posterior del cuello, atravesando el cerebro, y orificio de salida en el hueso temporal izquierdo de la cabeza, causándole la muerte en el acto, sin posibilidad de defenderse.

En el Club Las Vegas se recogieron cinco vainas percutidas de una misma pistola calibre 9 mm. Parabellum, y 3 balas de igual calibre, y otras dos en el cadáver de Margarita , cuando se la practicó la autopsia.

Luis Miguel y Bartolomé entraron en el local Club Las Vegas, llevando la pistola y pudiendo hacer uso de la misma con el fin de lograr su propósito de cobro de la deuda, y asumiendo las consecuencias del uso de la misma, y hallaron, tras la barra, a Teodoro , y, en el lado izquierdo, junto a la barra, tres de las trabajadoras del local, y, en el interior a la trabajadora Margarita , que se introdujo en la cocina al llegar los acusados.

Tras acceder al interior del local, Luis Miguel y Bartolomé solicitaron una consumición cada uno y Luis Miguel comenzó a hablar con Teodoro , reclamándole la deuda, y, de repente, uno de los dos, Luis Miguel o Bartolomé , con la aquiescencia del otro, empuñó el arma descrita anteriormente, apuntando a Teodoro , que trató de huir, dando la espalda a quien portaba el arma, que disparó y le alcanzó en la espalda, con orificio de entrada a la altura de la 12a vértebra dorsal y salida en la cara anterior del hemitórax izquierdo, herida mortal de necesidad, pero que no le hizo perder la conciencia en ese momento.

Al oír los disparos, las tres trabajadoras que se hallaban junto a la barra, trataron de huir, una de ellas por la puerta principal y las otras dos por la puerta que daba acceso a una puerta trasera que daba a un descampado.

La otra trabajadora, Margarita , salió desde la cocina hasta la barra, y, al ver a Luis Miguel o a Bartolomé empuñando el arma, trató de huir, protegiéndose en la esquina del local, y siendo disparada por uno de ellos, con consentimiento y concierto previo del otro, en el hombro izquierdo, quedando alojado el proyectil junto al omóplato, herida no mortal, y colocando las manos en la cara para protegerse, fue disparada por alguno de los dos acusados, recibiendo un disparo que le atravesó los dedos 3° y 4° de la mano izquierda, penetrando en la cabeza por la parte alta de la frente, quedando alojado el proyectil en el hueso esfenoideos del cráneo, produciéndole la muerte en el acto, sin posibilidad de defenderse.

A continuación, uno de los dos acusados, Luis Miguel o Bartolomé , se acercó al lugar en el que se hallaba Teodoro , tendido en el suelo, boca abajo, entre la salida de la barra hacia las habitaciones y la cocina, y le disparó en la cabeza, con orificio de entrada en la parte posterior del cuello, atravesando el cerebro, y orificio de salida en el hueso temporal izquierdo de la cabeza, causándole la muerte en el acto, sin posibilidad de defenderse.

En el Club Las Vegas se recogieron cinco vainas percutidas de una misma pistola calibre 9 mm. Parabellum, y 3 balas de igual calibre, y otras dos en el cadáver de Margarita , cuando se la practicó la autopsia.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, de fecha 11 de enero de 2017 , dice literalmente: "FALLO.: Se condena a Luis Miguel y a Bartolomé , como autores de un delito de tenencia ilícita de armas, art. 564.1.1° del c. Penal , sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, a la pena, para cada uno, de un (1) año de prisión y accesoria de inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.



Se condena a Luis Miguel y a Bartolomé , como autores de dos delitos de asesinato, concurriendo la alevosía, art. 139.1 del C. Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, a la pena, para cada uno de ellos y por cada uno de los delitos, de dieciocho (18) años de prisión, y accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena.

Se condena a Elisenda , como cómplice de dos delitos de asesinato del art. 139.1 del C. Penal sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, de siete (7) años y seis (6) meses de prisión, por cada uno de los delitos, y accesoria de inhabilitación para sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se absuelve a Elisenda del delito de tenencia ilícita de armas con todos los pronunciamientos favorables.

Se condena a Leovigildo , como autor de un delito de encubrimiento, art. 451.2º del C. Penal , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de seis (6) meses de prisión y accesoria de inhabilitación sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Luis Miguel , Bartolomé , indemnizarán a Remedios en 50.000 euros, y, a sus hijas Justa , Verónica y Clemencia , en 90.000 euros cada una, y a cada uno de los hijos de Margarita , Almudena , y Carlos Manuel , en 90.000 euros, y, a su madre, Martina , en 10.000 euros.

Elisenda responderá subsidiariamente de dichas cantidades.

Todas las cantidades se verán incrementadas en el interés legal.

Las costas respecto al delito de encubrimiento se abonarán por Leovigildo , incluidas las de las Acusaciones particulares. Las costas del delito de tenencia ilícita de armas se abonarán, por Luis Miguel y Bartolomé , un tercio cada uno, incluyendo las de las Acusaciones particulares, y declarando de oficio el otro tercio, y las costas de los dos asesinatos se abonarán por Luis Miguel , Bartolomé y Elisenda , un cuarenta por ciento cada uno de los dos primeros y un veinte por ciento Elisenda , incluyendo las de las Acusaciones particulares.

Se dará a los efectos intervenidos el destino legal.

Segundo.- El Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil y Penal dictó la siguiente:

PARTE DISPOSITIVA: Que, desestimando íntegramente los recursos de apelación interpuestos por los acusados Luis Miguel y Bartolomé contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada- Presidente del Tribunal del Jurado en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, así como estimando íntegramente el formulado por la acusada Elisenda , debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, absolviendo a la citada de toda responsabilidad penal por los hechos enjuiciados y de la civil subsidiaria aparejada a aquélla, manteniendo en sus propios términos los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida y declarando de oficio las costas imputables en ambas instancias a dicha acusada, corriendo dos tercios de las de esta alzada, por mitad e iguales partes, a cargo de los otros dos apelantes, incluidas las correspondientes a la acusación particular.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por EL MINISTERIO FISCAL Luis Miguel , Bartolomé , Elisenda , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

Motivos aducidos por el MINISTERIO FISCAL

Motivo único .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 882 de la LECr ., al entender infringido los arts. 9 y 24 de la Constitución Española por infracción de precepto constitucional, en particular referido al derecho a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la arbitrariedad.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Luis Miguel :

Motivo primero .- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación del veredicto de la sentencia. Considera que el simbólico señalamiento genérico de las pruebas practicadas coloca al defendido en situación de indefensión. **Motivo segundo .-** Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes así como el derecho a un proceso con todas las garantías. Afirma que no se permitió hacer preguntas al testigo D. Gervasio por ser cuñado del acusado D. Luis Miguel , vulnerando así el art. 416 de la LECr ., ya que dicho precepto excluye de la obligación de declarar a los colaterales consanguíneos, no a los afines. Lo mismo cabe decir del testimonio de D^a. Marí Juana , hermana del acusado, que se acogió a su derecho a no declarar introduciéndose su declaración a



través de la declaración de los Policías que la interrogaron en Comisaría. **Motivo tercero.** - Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Se solicitó la suspensión del Juicio Oral por ser imposible la reproducción de la prueba preconstituida, bien en el sentido de mejorar la audición, bien llamando a juicio a los testigos presentes en el momento de ocurrir los hechos, lo cual fue denegado por la Presidencia. Considera esencial dicha prueba porque las testigos que estaban en el local donde se cometió el delito no reconocieron al acusado recurrente como una de las personas que entró en el mismo. **Motivo cuarto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, ya que habiendo variado sustancialmente los hechos por los cuales se formulaba acusación contra el acusado (pasa de ser autor directo a ser, alternativamente, acompañante del autor directo), no se le dio tiempo para prepararse de la nueva imputación que se le hacía. **Motivo quinto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la presunción de inocencia.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Bartolomé

Motivo primero .- Al amparo del art. 849.1 de la LECr ., por infracción de precepto penal sustantivo, por aplicación indebida del art. 788.3 y 4 de la LECr ., en relación con el art. 29 y 36 de la Ley del Jurado . Considera un cambio en la imputación del Fiscal al acusado al modificar sus conclusiones provisionales.

Motivo segundo .- Por infracción de normas y garantías procesales del art. 846 bis C de la LECr ., a existir defectos en el veredicto, en la proposición del objeto del veredicto y en el acta de votación del Jurado. Se refiere a la motivación del veredicto. **Motivo tercero.** - Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr ., al existir error en la valoración de las pruebas evidenciada por documentos que muestran ese error. Hace referencia el recurrente a las testificales de los policías, y a las propias declaraciones del recurrente.

Motivo cuarto.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., No se cita el derecho constitucional que se ha lesionado, pero se hace referencia a la consideración de testigo protegido que el acusado consideraba que le daba la Policía, cuando en realidad solo se le hizo creer tal condición. **Motivo quinto.**- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por no haberse aplicado la atenuante de confesión.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Elisenda :

Motivo primero .- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art.882 de la LECr ., por infracción del derecho a la presunción de inocencia de la acusada. Considera que no hay pruebas de cargo bastantes para propiciar su condena.

Quinto.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos; la Sala admitió los mismos quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veinticinco de abril de dos mil dieciocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Luis Miguel

PRIMERO.- Dado que este recurrente en casación articula contra la sentencia dictado por el Tribunal Superior de Castilla y León, que desestimó el previo recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal del Jurado que condenó al mismo como autor de dos delitos de asesinato y un delito de tenencia ilícita de armas, cinco motivos: **el primero al amparo del artículo 852 LECrim , en relación con el artículo 24 CE en relación con el artículo 120 del citado texto por falta de una mínima motivación del veredicto, el segundo al amparo del artículo 852 y 850.3 LECrim , por violación del artículo 24 CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; el tercero al amparo del artículo 852 LECrim , por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso contra garantías; el cuarto al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a un proceso con todas las garantías, al haber variado las acusaciones sustancialmente los hechos por los que se formulaba acusación; y el quinto al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , por violación del derecho a la presunción de inocencia, al ser la única prueba de cargo la del coacusado Bartolomé , es necesario efectuar una doble reflexión sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios de competencia del Tribunal del Jurado.**

Así como la primera reflexión e SSTS 168/2009 de 12 febrero , 438/2012 de 16 marzo , 838/2014 de 12 diciembre , 40/2015 de 12 febrero , 547/2015 de 6 octubre , 497/2016 de 19 junio , 240/2017 de 5 abril ,



492/2017 de 29 junio , 645/2000 de 2 de octubre , hemos declarado que 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.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación *descansa sobre el recurso de apelación* , al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, antes de la reforma operada por Lo. 41/2015 de 5.10.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional Derecho Civiles y Políticos, art. 14.5, , 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, 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--.

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. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de Mayo y 1249/2009 de 9 de Diciembre .

Como segunda reflexión , enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala --SSTS 439/2000 , 678/2008 , 867/2004 ó 1215/2003 , que en este control casacional *cabe la revisión de los juicios de inferencia* que haya alcanzado el Jurado, pero *solo* a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega.

Efectuadas estas consideraciones previas **el motivo primero al amparo del artículo 852 LECrim , por violación del artículo 24 CE en relación con el artículo 120 CE .**

Denuncia la falta de una mínima motivación del veredicto, con violación de lo dispuesto en los artículos 61.1.d) y 24 y 120 CE , al limitarse a un simbólico señalamiento genérico de las pruebas practicadas concretándolas en la declaración del coacusado Bartolomé y la pericial de los peritos de la policía científica, sin referencia a qué puntos de dichas declaraciones hacen referencia, causando indefensión.

El motivo deviene inaceptable.

En cuanto a la necesidad de motivación de las sentencias del Tribunal del Jurado, hemos recordado en SSTS 331/2015 de 3 junio y 492/2017 de 29 junio , la exigencia de motivación de las sentencias resulta, en primer lugar, del artículo 24.1, en tanto que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución suficientemente fundada, tanto sobre los hechos como sobre el derecho aplicable, así como acerca de la concreción de las consecuencias de tal aplicación. El carácter fundado de la resolución resulta precisamente de su suficiente motivación. En segundo lugar, de la previsión específica contenida en el artículo 120.3 de la Constitución . En ninguno de los dos casos se excluyen del ámbito de las previsiones constitucionales las sentencias dictadas por los tribunales de jurados que, en consecuencia, deben ser igualmente motivadas. Es lógico, sin embargo, que el nivel técnico de la fundamentación no sea el mismo cuando se trata de tribunales profesionales o de tribunales compuestos por legos. Tampoco las exigencias son las mismas cuando se hace referencia a la motivación del veredicto, que corresponde a los jurados, o a la motivación de la sentencia que corresponde al Magistrado Presidente. En cualquier caso, como hemos



reiterado, la exigencia de motivación no pretende satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir a los directamente interesados y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la decisión por el Tribunal que revise la resolución en vía de recurso. Igualmente contribuye a que el propio órgano que dicta la resolución verifique su correcta fundamentación.

Motivar, es, en definitiva, explicar de forma comprensible las razones que avalan las decisiones que se hayan adoptado en la resolución, tanto en lo que afecta al hecho como a la aplicación del derecho. Por lo tanto, los jurados deberán explicar su decisión sobre los hechos de forma entendible para terceros, aunque lo hagan desde los límites impuestos por su condición de legos en derecho.

En efecto, tal como recuerda las SSTS 919/2010 de 14 octubre y 459/2014 de 10 junio hay que puntualizar la dosis de motivación que debe asistir a las afirmaciones o negaciones del Jurado sobre la prueba de los hechos que constituyen el objeto del veredicto. La explicación sucinta de razones que el art. 61.1 d) de la Ley manda incluir en el correspondiente apartado del acta de votación, puede consistir en una descripción detallada, minuciosa y crítica de la interioridad del proceso psicológico que conduce a dar probados o no los hechos que se plasman en el objeto del veredicto. Esta opción, solo accesible a juristas profesionales, sobrepasa los niveles de conocimiento, preparación y diligencia que cabe esperar y exigir a los componentes del Jurado. A esta postura se contraponen una posición minimalista de que estando al conjunto de las pruebas practicadas, el Jurado se abstiene de otras precisiones y, así las cosas, declaraba probados unos hechos y no probados otros de la totalidad de los propuestos. Esta opción podría entenderse insuficiente porque al adoptarla sólo expresa que no se ha conducido el Jurado irracionalmente, ni ha atentado contra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Cabe finalmente una tesis razonable intermedia, en la que el Jurado, en la sucesiva concatenación de los hechos objeto del veredicto, individualiza las pruebas y cualesquiera otros elementos de convicción cuyo impacto psicológico le persuade o induce a admitir o rehusar la versión histórica de los respectivos acontecimientos.

Esta es la opción más razonable.

En efecto como recordábamos en STS 694/2014 de 20 octubre en relación a la motivación de las sentencias, *" tiene establecido esta Sala que cuando son dictadas en un procedimiento de Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que emitan el veredicto con 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. Visto lo cual, debe estar en condiciones de plasmar con el necesario detalle en cada caso cuáles son las pruebas tenidas en cuenta por los jurados y cuál es su contenido incriminatorio, así como, en caso de prueba indiciaria y de elementos subjetivos, cuál es el proceso racional que conduce de forma natural desde unos hechos indiciarios ya probados hasta otros hechos, objetivos o subjetivos, inferibles de aquellos " .

En igual sentido la STS. 40/2015 de 12.2 , con cita SS. 45/2014 de 7.2 , 868/2013 de 27.11 , 300/2012 de 3.5 , insiste en que tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que integran por sí solos el Jurado de hechos y de culpabilidad, el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado sólo exige (art. 61.d) «una sucinta explicación de las razones...» que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en



ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ, (STS 29 de mayo de 2000).

Basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente el Magistrado-Presidente pueda constatar en los elementos de convicción reseñados la naturaleza de prueba de cargo hábil para cumplimentar las garantías constitucionales de la presunción de inocencia y el Tribunal de apelación pueda controlar la razonabilidad de las conclusiones y la suficiencia de las pruebas tomadas en consideración para fundar la responsabilidad penal.

Por ello el tribunal de apelación primero, y esta Sala casacional después no solo debe respetar la valoración probatoria del Jurado en lo que se refiere a los hechos declarados probados, en sentido estricto, sino que atendiendo a que dicho relato está muy condicionado en sus términos literales por la redacción de las proposiciones fácticas que se proponen al Jurado como objeto del veredicto, el Tribunal de Apelación debe también respetar los elementos fácticos que se desprenden de la motivación que los jurados incluyen en cada uno de los hechos y en el caso de que esta motivación se realice por referencia al resultado de determinadas pruebas en el acto del juicio, la motivación complementaria que realice el Magistrado Presidente explicitando los resultados de dichas pruebas en el juicio que justifican el criterio del Jurado. Es decir que si el Jurado motiva un apartado del relato fáctico remitiéndose a la declaración de un testigo en el juicio oral, y el Magistrado Presidente complementa dicha motivación expresando que el criterio del jurado es lógica consecuencia de que efectivamente el referido testigo efectuó determinadas manifestaciones en el juicio que justifican la valoración probatoria del jurado, el Tribunal de apelación no puede prescindir de dichas manifestaciones testificales explicitadas por el Magistrado Presidente, y debe considerarlas como integradas en el propio relato fáctico.

En el caso actual la sentencia recurrida analiza la suficiencia de la motivación del veredicto, fundamento derecho tercero y cuarto, razonando en relación a que él Jurado, no se ha limitado a señalar como elementos de convicción la declaración del coimputado Bartolomé y la prueba pericial de la policía científica, sin señalar los extremos concretos de esa declaración y de esos informes que le han llevado a establecer su culpabilidad; pero, en primer lugar, no es cierta esa limitación de pruebas, puesto que los miembros del Jurado dicen haber atendido expresamente al testimonio de los acusados, a las declaraciones de la hermana de Teodoro , al contenido de los whatsapp, a los testigos Arturo , Dionisio y Ricardo , a las declaraciones de la policía científica, a la localización de los teléfonos móviles, al posicionamiento de las antenas, a la situación del hotel, al testimonio del policía NUM002 , al de las camareras del local, a la declaración de los forenses, al ADN de Bartolomé y a las declaraciones de las testigos protegidas, de otros policías, del coimputado Leovigildo , de los testigos amigos de éste y de Bartolomé y por la documentación obrante en autos, lo que invalida la alegación en su aspecto formal.

En cuanto a la de que la simple mención de los medios de prueba, que sean muchos más de los señalados en el recurso, no basta para fundar el veredicto de culpabilidad, por cuanto no se dice exactamente qué extremos de esas declaraciones y pericias llevado a la convicción expresada, resulta obvio que se refiere a aquéllos de los que cabe inferirla, y no de otros, bastando a los efectos de este motivo con constatar, como se hace, que los hay efectivamente, es decir, que se señalan como elementos de convicción de la culpabilidad de Luis Miguel una pluralidad de ellos ciertamente susceptibles de estimarse provistos de virtualidad inculpatoria.

Motivación suficiente, máxime cuando él Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en la primera sentencia, fundamentos 5 a 7, explica de forma detallada y minuciosa el contenido de cada una de aquellas pruebas.

Siendo así habrá que reiterar la doctrina expuesta sobre la motivación de las sentencias del Tribunal del Jurado. Así en SSTs 1164/2004 del 10 octubre y 166/2015 de 24 marzo , se precisa "La necesidad de motivación de la sentencia (artículos 120.3 y 24 C .E), también alcanza al Jurado, dándose la peculiaridad de que quién dicta la sentencia, el Magistrado-Presidente, no ha participado en la decisión de aquél sobre los hechos. Si el veredicto fuese de culpabilidad, conforme dispone el artículo 70.2 LOTJ, la sentencia concretará la existencia de prueba de cargo exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia, lo que corresponde al Magistrado-Presidente. Este mandato debe ponerse en relación con el artículo 61.1.d), que establece, en relación con el acta de votación, la existencia de un cuarto apartado que deberá contener una sucinta explicación de las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados. De ambos preceptos se deduce que el Magistrado-Presidente debe señalar en este apartado de la presunción de inocencia los elementos de convicción que ha tenido en cuenta el Jurado y además añadir **sus propias consideraciones sobre la concurrencia en el caso de la prueba de cargo que técnicamente deba ser considerada como tal** . Debemos señalar además al respecto que si el Juez técnico decidió someter al



Jurado el objeto del veredicto ello es porque ya había entendido que no procedía la disolución anticipada del Jurado a que se refiere el *artículo 49 L.O.T.J* . por falta de existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado. El Magistrado-Presidente debe pues tener en cuenta las explicaciones sucintas expresadas por el Jurado que complementará con sus propias consideraciones sobre la prueba de cargo tenida en cuenta por aquél. Lo que no es coherente es que dichas consideraciones sean contradictorias o divergentes con la decisión del Jurado".

Situación que, como ya se ha expuesto, no se ha producido en las presentes actuaciones por lo que la pretensión del recurrente debe ser desestimada.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo de los artículos 852 y 850.3 LECrim , por violación del artículo 24.2 CE en la modalidad del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías.

Denuncia que no se permitió a la defensa preguntar al testigo Gervasio por ser cuñado del recurrente, con violación del artículo 416 LECrim , interpretado bajo el prisma del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, causando indefensión, dado que además de no poder interrogarle, su testimonio fue incorporado a través de la declaración de los policías que le interrogaron en Comisaría, lo que en sí mismo viola los derechos apuntados y el derecho a la presunción de inocencia.

Igualmente, en relación a la testifical de su hermana Marí Juana , quien se acogió a su derecho a no declarar en virtud de lo dispuesto en el artículo 416 LECrim , habiéndose introducido su declaración a través de la testifical de los policías que le interrogaron en Comisaría.

El motivo se desestima.

1.- En cuanto a la denegación de la defensa de la posibilidad de interrogar a un testigo por ser cuñado de este acusado, es cierto-tal como hemos dicho en reciente STS 49/2018 de 30 enero -, que conforme a la literalidad del artículo 416 LECrim , "están dispensados de la obligación de declarar:

1º Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el 2º grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del art. 261. (Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieran reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos). Anacronismo este que hace alusión a los hijos naturales y que el principio de igualdad constitucional determina su inclusión sin reserva alguna en la dispensa para la línea ascendente y descendente.

Por tanto, en absoluto menciona a los parientes por afinidad, y encontrándonos ante una dispensa, es decir, una excepción a la aplicación general de la norma, debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Como dice la STS 703/2014 de 29 de octubre , en un caso de hermana de la víctima, esposa del acusado, y por tanto cuñada del mismo, la exclusión de los parientes por afinidad de la dispensa de testificar, además del tenor literal del precepto es cuestión pacífica en la doctrina de la Sala (STS 62/2013 del 29 enero (caso Marta del Castillo).

La exclusión de los parientes afines hasta el segundo grado que se recoge en el artículo 261.2, lo es en cuanto a la obligación de denunciar, no es aplicable a supuestos del artículo 416 que refiere a la dispensa de declarar, tal es así que la remisión que este último precepto realiza el artículo 261, sólo se refiere al apartado 3, referencia a los afines que ha sido eliminado en la redacción actual del art. 261.2 por LO 4/2015 de 27.4 de Estatuto víctima del delito.

Ahora bien, aun cuando no debió admitirse la dispensa a declarar del artículo 416.1 en relación a referido testigo, tal denegación de prueba no puede dar lugar a la admisión de la pretensión del recurrente: anulación de la sentencia y repetición del juicio ante otro Magistrado y la elección de un nuevo jurado.

En efecto es doctrina reiterada de esta Sala que es necesario que por la parte que propuso tal medio de prueba acredite que su ausencia ha determinado que la resolución final del proceso le fuese desfavorable ya que solo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por ese motivo resultara condenados.

En esta dirección el Tribunal Constitucional sentencia 232/98 nos dice: "en efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido lesión denunciada. Ello exige que el recurrente haya alegado y fundamentado, adecuadamente, dicha indefensión material en el sentido de que la



resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Situación que sería la del caso enjuiciado, tal como razona la sentencia recorrida-fundamento derecho sexto-"no se dice porque y en que medida se produjo con ello efectiva indefensión", esto es la trascendencia que la inadmisión de tal prueba pudo tener en el resultado final del proceso en orden a la participación del recurrente.

2º y en cuanto a la introducción de la testifical de la hermana de acusado, que hizo uso de su derecho a no declarar en el juicio oral, en base a lo dispuesto en el artículo 416, a través de las testificales de los policías que le interrogaron en Comisaría, aun cuando, tal como se acordó en el Pleno no jurisdiccional de esa Sala de 23 enero 2018-siguiendo la doctrina jurisprudencial recogida en SSTs 27.1 Y 10.2.2009 , 14.5.2010 :

"El acogimiento en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 LECrim , impide rescatar o valorar anteriores declaraciones del familiar-testigo que se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba reconstituida", y más aun tratándose de declaraciones en sede policial, cuyo valor ha sido precisado en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda de 3.6.2015 que adoptó el siguiente acuerdo: "las declaraciones ante los funcionarios policiales no tienen valor probatorio. No pueden operar como corroboración de los medios de prueba. Ni ser contrastadas por la vía del art. 714 LECrim . No cabe su utilización como prueba preconstituida en los términos del art. 730 LECrim . **Tampoco pueden ser incorporados al acervo probatorio mediante la llamada como testigos de los agentes policiales que las recogieron...**" lo cierto es que aquella declaración no ha sido determinante para el juicio de autoría del recurrente.

TERCERO.- El motivo tercero al amparo del art. 852 LECrim , por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías

Se argumenta que solicitada la suspensión del juicio, por ser imposible la reproducción de la prueba preconstituida, en el sentido de mejorar la audición o bien llamar a juicio oral a las testigos protegidas presentes en el lugar de los hechos, fue denegada por la Magistrada-Presidente, habiendo causado indefensión y la oportuna protesta a efectos de recurso.

Considera el recurrente dicha prueba esencial dado que dichas testigos no reconocieron al recurrente como una de las personas que entró en el local en el momento de suceder los hechos, y si a otra persona como la autora, persona que fue destinataria de una llamada telefónica, momentos antes de los hechos, por parte del coacusado Bartolomé .

El motivo se desestima.

Con carácter previo hemos de partir-como dijimos en SSTs 139/2010 de 2 diciembre y 306/2012 del 15 mayo , que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, S 41 ; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, S 47 ; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, S 51).

Asimismo, esta Sala 2ª en STS 148/2011 declaró que el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal constituye uno excepcionales cauces para conferir validez como elemento de prueba al contenido de diligencias practicadas antes del juicio oral, fuera del marco general del artículo 741 de la misma y sin vulnerar la garantía constitucional de presunción de inocencia solamente enervable, en principio, por prueba lícita y practicada en juicio oral y público.

Esa naturaleza de cauce excepcional, obliga a la estricta observancia de los requisitos legalmente impuestos al efecto. Estos han sido definidos en la jurisprudencia, la Constitucional y la de este Tribunal, partiendo del propio texto legal citado.

En la reciente Sentencia de esta Sala nº 89/2011 de 18 de febrero , recordábamos que en la sentencia de la misma Sala nº 788/2010, de 22 de septiembre volvimos a indicar que la utilización del material probatorio personal producido en la fase sumarial solamente puede fundar la condena cuando, concurren los requisitos que el Tribunal Constitucional exige.

Y que en la Sentencia nº 134/2010 de 2 de diciembre dijimos : *la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios*



de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 ; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2 , y 1/2006, de 16 de enero , FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituída de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su **imposibilidad** de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del **Juez de Instrucción**), objetivos (que se garantice la posibilidad de **contradicción** y la **asistencia letrada** al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la **lectura** del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim , o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al **debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o Tribunal sentenciador** [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 , y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Ciertamente también indicábamos que lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3 ; y 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3), resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6 ; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4 ; y 142/2006, de 8 de mayo , FJ 3).

No obstante reclamábamos la efectividad en la posibilidad de tal contradicción indicando que: *una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa , determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4 , y 344/2006, de 11 de diciembre , FJ 4 e)]".*

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del tribunal, pues la intermediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

Sólo excepcionalmente la LECr., cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la intermediación ante el tribunal Juzgador.

Así en STS 24-2-2009 (192/2009) , 10-3-2009 (96/2009) , 28-7-2009 - por error el Ministerio Fiscal cita la de 28-8-2009- (S. 849/2009) ; y 1375/2009 , de 28-12, se concreta debidamente el ámbito de lo que se entiende como prueba anticipada y preconstituída:

a) Así sucede, observándose la intermediación, con la llamada prueba anticipada en sentido propio -se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657-3º que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral; que pudiera motivar su suspensión Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa respectivamente, solicitar la "práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral".

En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior a la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de las pruebas, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e intermediación ante el tribunal Juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 875.1 LECr .).

b) Un segundo supuesto diferente es el denominado por algunos como "prueba preconstituída" por diferenciación con el primero en cuanto ya en este segundo la prueba no se practica como aquél ante el tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción; y denominado por otros como prueba "anticipada en sentido impropio", por esta misma razón, unida a la necesidad de reservar el término de "prueba preconstituída" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra manera, este segundo supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr , disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción



practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la intermediación, el precepto garantiza al menos una cierta intermediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien - previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: **a)** En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; **b)** en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; **c)** en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de intermediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y **d)** que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

C) El tercer supuesto lo regula el art. 730 de la LECr que cubre los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

Esta posibilidad probatoria excepcional, conforme con la Constitución Española (SSTC 25 febrero 1991 y 8 de noviembre de 1993), no puede extenderse más allá de lo que autoriza su misma excepcionalidad. Por tanto: **a)** es imprescindible que sobrevenga una verdadera imposibilidad que conduzca a la irreproducibilidad en juicio de la prueba. Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave y en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables. En el caso de testigos en el extranjero su falta de obligación de comparecer (art. 410 LECr) no equivale a la imposibilidad de la misma, porque ni impide su citación a través de las normas sobre asistencia recíproca internacional en el ámbito penal, ni impide su declaración en el extranjero a través del auxilio judicial. Sólo si no se conoce el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas, cabe utilizar el excepcional mecanismo del art. 730 de la LECr . La doctrina mayoritaria de esta Sala no justifica la aplicación directa del art. 730 de la LECr , a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero, exigiendo el previo fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia. En tal sentido las Sentencias de 26 marzo de 1995 , 25 mayo de 1996 , 27 diciembre de 1999 , entre otras muchas; y **b)** : cuando proceda la aplicación del art. 730 es inexcusable la lectura en Juicio Oral de la diligencia sumarial. Este es un requisito ineludible que no se satisface con dar por reproducida la declaración sumarial, en ningún caso. Esta técnica de dar su lectura por reproducida, aplicable a la prueba documental propiamente dicha no es extensible al testimonio sumarial porque el sumario no es propiamente prueba documental sino la forense documentación de las diligencias actuadas en averiguación del delito. Rechazada esa incorrecta práctica por inconstitucional (SSTC 150/1987, de 1 de octubre ; 140/1991 de 20 de junio ; 153/1997 de 29 de septiembre) la necesidad de efectiva lectura descansa en la precisión de que el Tribunal sentenciador tenga conocimiento formal, ante las partes y en público, del contenido de la declaración. Sólo con la lectura se satisface el principio de intermediación de esa prueba y el principio de oralidad y el de publicidad, de modo que actúa como presupuesto condicionante de su validez como prueba de cargo. Por lo tanto, la lectura debe hacerse a petición de la parte que propone la prueba, sin que proceda hacerlo de oficio, y hacerse de modo efectivo leyendo realmente ante el Tribunal, ante las partes, y en público el contenido de esa declaración, sin la cual carece de valor como prueba de cargo.

En el caso actual la práctica de la prueba testifical anticipada o preconstituida las testigos protegidas estaba justificada debido en que eran extranjeras dedicadas a la prostitución, sin domicilio fijo y con frecuentes cambios del mismo, y ante el riesgo de que no estuvieran en España o no pudieron ser localizadas en el



momento del juicio, lo que provocaría su suspensión, se acordó su práctica conforme previenen los artículos 448 , 449 y 777.2 LECrim , documentándose en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido e intervención de las partes.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si las deficiencias en la grabación audiovisual de tal prueba-en este caso dificultadas de audición-afectan al derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso con todas las garantías causando indefensión. La respuesta de ser negativa.

En efecto, aplicando la doctrina jurisprudencial sobre las deficiencias en la grabación audiovisual del juicio oral, STC 55/2015 del 16 marzo , SSTS 1001/2009 de 1 de octubre , 707/2010 del 7 julio , 46/2012 del 25 enero , 503/2012 del 5 junio , 26/2015 de 26 enero , 416/2015 del 7 julio , 711/2016 del 21 septiembre , 41/2017 de 31 enero , en el sentido de que ello no supone que cualquier defecto la grabación de la prueba haya de derivar en la nulidad del juicio con la obligación de nuevo señalamiento con distinto Magistrado y elección de nuevo Jurado.

La dificultad de oír la grabación de la prueba preconstituida no altera los márgenes del recurso de casación que viene marcando por la necesidad de respetar la valoración de la prueba efectuada en la instancia con las garantías que proporciona la iniciación y desde luego, es constante la doctrina que fija que la indefensión constitucionalmente prohibida es aquella que supone una privación real, efectiva y actual, no potencial, abstracta o hipotética de los medios de alegación y prueba, pues -como reiteradamente ha afirmado el TC (por todas, STC 133/2003, de 30 de junio)- « *el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC núm. 25/1991, de 11 de febrero ; también SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 219/1998, de 16 de noviembre)* ». Decía el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/1998 de 17 marzo , que « *Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 149/1998 , FJ 3º), con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados (SSTC 155/1988 , FJ 4º; 112/1989 , FJ 2º)* ».

Sin perjuicio de la dificultad de audición de algunos de los pasajes de las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos que constan en la prueba preconstituida, ni el recurrente expresa que el contenido concreto de las mismas haya sido tergiversado en la valoración motivacional que hizo de ellas el tribunal del Jurado y el Tribunal Superior de Justicia, ni siquiera que las declaraciones abarcaran extremos esenciales que no hayan sido contemplados por dichos tribunales, siendo importante destacar-en orden a evaluar una eventual indefensión en la interposición del recurso en los términos en que se han formulado-que el propio recurrente en el motivo hace expresa referencia al contenido de aquellas testificales en el sentido de que no le reconocieron a él sino a otras personas como autores de los hechos, lo que acredita que aquella prueba preconstituida era lo suficientemente inteligible como para que las partes pudieran cuestionar su eficacia probatoria, e incluso la propia sentencia de tribunal de Jurado al dar una tal prueba reconoce: "que su audición en juicio oral era prácticamente imposible en algunos pasajes, y muy dificultosa en el resto. Pero sí se puede entender su descripción del interior del local, cómo entraron los dos agresores, pidieron las consumiciones y, tras hablar brevemente con Teodoro , comenzaron a disparar. Al ver caer a Teodoro , ellas huyeron lo más rápido que pudieron, saltando, dicen, incluso, por encima de Teodoro , tendido en el suelo tras el primer disparo. Y no lograron la identificación fehaciente, ninguna de ellas, de los acusados, incluso, una de ellas dice que disparó el más bajo, y las otras dos que disparó el más alto. Luego, realmente, la declaración de estas testigos no puede considerarse eficaz y relevante en orden a la identificación de los acusados", por lo que la autoría del recurrente la determina a través del resto de las pruebas que se han detallado en el motivo primero.

CUARTO.- El motivo cuarto al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías.

Se argumenta que habiendo variado las acusaciones sustancialmente los hechos por los cuales se formulaba la acusación ya que en conclusiones provisionales se acusaba a este recurrente de ser la persona que transportaba la pistola y la que disparó contra dos víctimas, en las definitivas se cambió esta petición por la de, alternativamente, ser un mero acompañante, conociendo en todo momento la posibilidad de dar muerte a los habidos en el interior del club. Por ello se solicitó por la defensa la suspensión del juicio para la preparación de la nueva imputación, con base al artículo 788.4 LECrim , lo que fue denegado, causando indefensión, con la correspondiente protesta.

El motivo deviene improsperable.



Así tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo 797/2015 de 24 de noviembre , haciendo referencia a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (mencionando en su apoyo las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 17/1988 , núm. 168/1990 , núm. 47/1991, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994), constituye doctrina reiterada que los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 de la Constitución Española , conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa.

Ahora bien, dicha afirmación no significa que los términos del debate queden fijados de forma definitiva a través del escrito de acusación ya que tal como recoge la sentencia del Tribunal Supremo 78/2016 de fecha 10 de febrero , haciendo referencia igualmente a una consolidada doctrina, el objeto del proceso es de cristalización progresiva, el escrito de conclusiones provisionales el que permite formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso, pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. Señalando en tal sentido la sentencia del Tribunal Supremo 161/2016 de 2 de marzo que la posibilidad de modificación de las conclusiones provisionales aparece recogida por nuestra legislación procesal, aun cuando esa posibilidad no sea absoluta ya que en cualquier caso ha de mantenerse dentro del marco de la acción penal ejercitada.

En esta línea la sentencia del Tribunal Supremo núm. 844/2015 de fecha 23 de diciembre , haciendo referencia a su sentencia núm. 1028/2009 y a una reiterada doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 12/1981, de 12 de abril ; 104/1986, de 17 de julio ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre ; y 33/2003, de 13 de diciembre), argumenta que nadie puede ser condenado por algo distinto de aquello por lo que fue acusado y de lo que, en consecuencia, pudiera contradecir. Quedando a estos efectos fijada la pretensión acusatoria en el acto del juicio oral tras el trámite de conclusiones definitivas, que determinará el marco dentro del cual el tribunal debe moverse a la hora de valorar la prueba practicada y de extraer las conclusiones que posteriormente le han de servir para efectuar la calificación jurídica de los hechos. Lo que supone que el marco determinado por las conclusiones provisionales, es un marco dinámico que sometido a ciertos límites puede experimentar variaciones.

En efecto la jurisprudencia consolidada del TS por todas STS 609/2007 de 10 de julio "Que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas ... la pretendida fijación de la acusación en las calificaciones provisionales, privaría, por un lado, de sentido a los arts. 732 y 788.4 LECrim , y por otro, hacía inútil de actividad probatoria practicada en el juicio oral".

Lo que supone, tal como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 864/3014, de 10 de diciembre, que nada impide al Ministerio Fiscal y al resto de acusaciones realizar mutaciones tanto fácticas, como jurídicas de sus conclusiones provisionales tras la prueba practicada en el juicio. Finalmente, como señala la sentencia del Tribunal Supremo núm. 670/2015, de 30 de octubre , y a modo de conclusión, podemos indicar que ante la mera introducción de una modificación en las conclusiones mantenidas provisionalmente por la acusación no se produce de modo automático una vulneración del derecho de defensa, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de la infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones. Así pues, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las calificaciones no supone una vulneración del derecho de defensa.

Pues bien, en el caso actual no se produjo una nueva imputación ni hechos nuevos que obligaran a la suspensión del juicio del Jurado para posibilitar una defensa adecuada por parte del recurrente. Luis Miguel fue acusado como autor de dos delitos de asesinato por haber disparado materialmente una pistola en las conclusiones provisionales. Y en las definitivas las acusaciones añadieron como alternativa, la posibilidad de que este acusado no fuera el autor de los disparos que acabaron con la vida de esas dos personas- Teodoro y Margarita , sino que no fuera el otro acusado Bartolomé , pero siempre se imputó a ambos acusados, haber causado, de común acuerdo, en concepto de autores, las muertes de aquellas, dado que ambos habían ido juntos al local para cobrar una deuda, llevando consigo la pistola y asumiendo la posibilidad de su utilización y los posibles resultados lesivos pudieran producirse.

En efecto la autoría material que describe el artículo 28 CP - como hemos dicho en STS 311/2014 de 16 abril - no significa, sin más que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento



expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

Como dice la S.T.S. 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

La coautoría aparece caracterizada, como hemos señalado, desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito. Las SS. T.S. 29-3-93, 24-3-98 Y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que "la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.



En el caso presente el tribunal del Jurado declaró probado como tras acceder al interior del local, Luis Miguel y Bartolomé solicitaron una consumición cada uno y Luis Miguel comenzó a hablar con Teodoro , reclamándole la deuda, y, de repente, uno de los dos, Luis Miguel o Bartolomé , con la aquiescencia del otro, empuñó el arma descrita anteriormente, apuntando a Teodoro , que trató de huir, dando la espalda a quien portaba el arma, que disparó y le alcanzó en la espalda, con orificio de entrada a la altura de la 12a vértebra dorsal y salida en la cara anterior del hemitórax izquierdo, herida mortal de necesidad, pero que no le hizo perder la conciencia en ese momento.

Al oír los disparos, las tres trabajadoras que se hallaban junto a la barra, trataron de huir, una de ellas por la puerta principal y las otras dos por la puerta que daba acceso a una puerta trasera que daba a un descampado.

La otra trabajadora Margarita , salió desde la cocina hasta la barra, y, al ver a Luis Miguel o a Bartolomé empuñando el arma, trató de huir, protegiéndose en la esquina del local, y siendo disparada por uno de ellos, con consentimiento y concierto previo del otro, en el hombro izquierdo, quedando alojado el proyectil junto al omóplato, herida no mortal, y colocando las manos en la cara para protegerse, fue disparada por alguno de los dos acusados. recibiendo un disparo que le atravesó los dedos 3º y 4º de la mano izquierda, penetrando en la cabeza por la parte alta de la frente, quedando alojado el proyectil en el hueso esfenoideos del cráneo, produciéndole la muerte en el acto, sin posibilidad de defenderse.

De tal relato fáctico se aprecia que aun admitiendo que Luis Miguel no fuera el autor de los disparos, la actuación del otro acusado no fue algo extraño en la dinámica comisiva sino una posibilidad aceptada en todo momento por aquel en la dinámica conjunta del ataque. Su actuación se suscribe en el ámbito a la llamada teoría de las desviaciones previsibles, reiteradamente aplicada por esta Sala -SSTS. 434/2008 de 20.6 , 1278/2011 de 29.11 , 1320/2011 de 9.12 , al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTS de 31 de marzo de 1993 , 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994 , 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que *no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos* , es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

En definitiva, es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3 , que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

No de otro modo se pronunció la sentencia recurrida (fundamento derecho decimonoveno) al razonar que de lo que se acusa al recurrente no es de haber disparado el arma, sino de haber matado a Teodoro y a Margarita con una pistola, acción conjunta descrita como autoría en la hipótesis segunda del artículo 28 de Código Penal , y esta realización conjunta de los hechos no puede despacharse protestando que como no se sabe quién disparó no puede condenarse a ninguno, pues ambas muertes son la consecuencia probada, no sólo de los disparos, sino de una serie de acciones previas y coetáneas, que junto con otras posteriores ponen de relieve a juicio del Jurado, tan razonable y fundadamente como cabe exigir, que nada hicieron por separado, sino que para reclamar y lograr el pago de una deuda, en la que ambos estaban interesados, *compraron* una pistola, se citaron para viajar a la población donde sucedieron los hechos, *viajaron* en un vehículo al efecto, *entraron* en el local donde se hallaba el deudor, *le hicieron saber* sus intenciones, no respectivas sino comunes, y al ver que el interpelado trataba de escapar, *le dispararon*, como *hicieron* también con la testigo principal y más cercana, sin que la imposibilidad material de apretar entre dos personas el gatillo de una sola pistola deba acarrear un reparto de papeles penalmente significativo, tras lo cual *se dieron* a la fuga, para volver a su vida habitual sin dejar rastro, deshaciéndose del arma y sin que ninguno de ellos aparezca haber reprochado al otro exceso alguno, ni se haya acreditado ningún dato que permita inferir la falta de voluntad de ninguno de ellos, en este caso del apelante, respecto de alguno de los resultados acaecidos, que, ha de quedar claro, no son siquiera fruto de dolo eventual, sino directo, pues la eventualidad de la acción -si no me pagas te mato-



no está relacionada con la eventualidad del resultado, ni siquiera con la muerte de la testigo, consecuencia quizá imprevista, pero necesaria y querida, una vez sobrevenida, para el perfeccionamiento y ocultación del plan conjunto preconcebido.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

QUINTO.- El motivo quinto al amparo del artículo 852 LECrim , por violación del derecho a la presunción de inocencia, al carecer la condena de toda base razonable.

Considera que la única prueba real de cargo es la declaración del coacusado Bartolomé y esta, realizada con evidente ánimo espurio derivado de las malas relaciones con el recurrente, no ha podido ser contradicha, al haberse acogido este acusado a su derecho a no contestar a las preguntas que la defensa de este pudiera haberle formulado, y sin que venga acompañada de otros datos periféricos.

El motivo se desestima.

Como ya hemos sostenido en motivos precedentes el recurso de casación, en los procedimientos de Jurado, lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de fecha 30 mayo 2017 . En este sentido en cuanto a la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación contra las sentencias del Magistrado Presidente del Tribunal de Jurado, debemos insistir - SSTS 151/2014 de 4 marzo , 310/2014 27 marzo , que el recurso de casación en los procedimientos de Jurado se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional". Más extensamente, la STS. 289/2012 de 13.4 , señala: "Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos».

En el caso actual las cuestiones planteadas en el motivo ya lo fueron en el previo recurso de apelación y asumidas por el TSJ, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida,

Así se argumenta en relación a la vulneración de la presunción de inocencia, infracción que se estima cometida porque los testigos presenciales no le reconocieron, porque la localización de los móviles es meramente aproximativa y porque la persona que proporcionó la pistola tampoco le reconoce de modo categórico; pero independientemente de que aquéllas dijeran una cosa u otra, nada se dice de que su presencia en el lugar de los hechos está probada por su propia declaración, por la del coimputado y por la de Elisenda , de suerte que aunque los testigos no le identificaran, que Leovigildo tampoco lo hiciera plenamente, y que los datos del teléfono le situaran cerca, pero no necesaria y exactamente allí, la presunción de inocencia no alcanza a prevalecer, desvirtuada por todas las demás pruebas que le sitúan precisamente en el establecimiento, acompañando a Bartolomé , con una pistola, tras llegar conduciendo su coche al lugar y en el momento de la comisión de los hechos.

Argumentación que debe ser asumida.



Así en cuanto al valor de la declaración del coimputado, esta Sala tiene declarado SSTS. 577/2014 de 25 de marzo, 960/2016 de 20 diciembre, 120/2018 de 16 de marzo, consciente de que tal testimonio, solo de forma limitada puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar con su propia incriminación (SSTC. 57/2002 de 11.3, 132/2002 de 22.7, 132/2004 de 20.9), ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria, y así ha exigido un plus probatorio, consistente en la necesidad de su corroboración mínima de la misma.

En este sentido la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 60/2012 de 8.2 ; 84/2010 de 18.2 ; 1290/2009 de 23.12) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras).

Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que desmarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTS 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTS. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTS. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. La regla de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.



Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este **son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena** (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2),), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

Bien entendido, como se ha subrayado en SSTC. 160/2006 de 22.5 y 148/2008 de 17.11, que ha de resaltarse que el que los órganos judiciales razonen cumplidamente acerca de la credibilidad de la declaración del coimputado con base en consideraciones tales como su cohesión o persistencia, o en la inexistencia de animadversión, de fines exculpatorios en la misma, o en fin, de una aspiración de un trato penal más favorable carece de relevancia alguna a los efectos que aquí se discuten; esto es, tales factores no se alcanzan, por sí mismos, en elementos externos de corroboración, sino que únicamente cabe su aplicación cuando la prueba era constitucionalmente apta para enervar la presunción de inocencia, por lo que es preciso que el testimonio disponga, como paso previo, de una corroboración mínima proveniente de circunstancias, hechos o datos externos al mismo. Así es, pues obvio resulta que aquellas apreciaciones afectan, justamente, a la verosimilitud de la declaración o, lo que es igual, a elementos o circunstancias propias o intrínsecas a las personalidades o motivaciones del declarante, por lo que en modo alguno pueden considerarse como hechos o datos autónomos que sirvan para respaldar su contenido (SSTC 65/2003 de 7.4, 118/2004 de 12.7, 258/2006 de 11.9).

Ahora bien, si como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a la conducta delictiva "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (SSTC. 233/2002 de 9.12, 92/2008 de 21.7).

En definitiva, esta doctrina del Tribunal constitucional podemos resumirla (STS. 949/2006 de 4.10) en los términos siguientes:

a) *Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que éstos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación.*

b) *La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.*

c) *Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en qué consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.*

d) *Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.*

e) *Respecto al otro calificativo de "externos", entendemos que el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.*

Y en cuanto a la negativa a declarar del coimputado en el juicio oral, cuando el que ha de ser interrogado comparece ante el tribunal estando presentes las partes, en realidad su negativa a responder a las preguntas de estas no supone una negación de la posibilidad de contradicción. No solo porque, formuladas las preguntas



por la defensa, no existe el derecho a una respuesta fiable del coimputado, que puede negarse válidamente a declarar en el ejercicio de su derecho constitucional, no siéndole exigible ninguna responsabilidad, aunque falte a la verdad, sino porque el silencio ante unas determinadas preguntas también es valorable por el tribunal.

La STS. 129/2014 de 26.2 , recoge este criterio, de acuerdo con la STC. 219/2009 de 21.12 , que señaló sobre este particular que al igual que sucedió en los casos de las STC 2/2002, de 14-1 , 38/2003, de 27-2 ; ó 142/2006, de 8-5 - en las que abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto- en este caso puede afirmarse que desde la perspectiva de la inmediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y puede, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores, atendiendo a las exigencias de posibilidad del debate, el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales en el que se documentaron, y finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción, al formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones que estimara oportunas".

Es cierto que en este caso como el coimputado rechazó en el plenario hacer cualquier tipo de declaración, por lo que la defensa del acusado no pudo interrogarle, pero ello no impidió que este recurrente dispusiera de una ocasión adecuada y suficiente para realizar el interrogatorio del coacusado, aunque aquél se negara a responder a las preguntas formuladas, pues ello - se dice en la STC 142/2006, de 8-5 , no infringe por sí mismo, el principio de contradicción, ya que salvo que el juzgador, dando un intolerable paso atrás en el tiempo, utilizara métodos proscritos en nuestro ordenamiento, o con abierta vulneración del derecho constitucional a no declarar contra uno mismo consagrado en el art. 24.2 CE , compeliere de algún modo al acusado a declarar no le es atribuible que la contradicción no se haya cumplido de la forma idealmente deseable, lo cual no supone, sin más, se reitera, una quiebra constitucionalmente censurable de dicho principio, puesto que, según su primera y fundamental formulación, "la garantía de contradicción implica... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones, lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, sin que por consiguiente, resulte justificable que la total contradicción se logre postergando el derecho fundamental de un tercero.

De otro lado, en casos en que el coacusado se acoge a su derecho a no autoincriminarse y en consecuencia, la contradicción no se muestra con la plenitud abstractamente pretendida, ha de tenerse presente que el resto de las partes con la exposición de preguntas, aún sin obtener respuesta (que, por lo demás tampoco ofrecería una completa garantía de autenticidad, dada la posibilidad del acusado de no contestar conforme a la verdad) pueden introducirse, ante la inmediación judicial, las oportunas dudas sobre la veracidad del declarante y refutar su versión de los hechos, pudiendo asimismo el Juzgado ponderar la decisión de guardar silencio (STC 2/2002, de 14.1), de tal modo que en definitiva, siempre que la defensa, siquiera sea de un modo atenuado, pueda objetar el contenido de la declaración del coacusado realizando cuantas alegaciones estime convenientes, quede salvaguardando el principio de contradicción, siendo en última instancia el órgano judicial quien, apreciando libremente la prueba en el ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE , ha de resolver finalmente acerca de la eficacia probatoria de aquel testimonio para enervar la presunción de inocencia lo que enmarca la cuestión justamente, no en el ámbito de este derecho, sino en el de la valoración de la prueba.

Junto a estos temas generales - sigue diciendo la STC 142/2006 - y sin excluir la eventualidad de atender al caso concreto en orden a determinar si la declaración del coacusado emitida con la contradicción atenuada derivada del ejercicio de su derecho a guardar silencio ha de perder o no su validez probatoria, deben tener en cuenta, en todo caso, dos elementos básicos. En primer lugar, que el órgano judicial, precisamente por su misión, asentada en el principio de libre apreciación de la prueba, de valor su significado y trascendencia para fundamentar los fallos contenidos en sus sentencias, podría extremar las precauciones en el tratamiento del resultado de esta clase de pruebas provenientes del coacusado. Y en segundo término, que la doctrina constitucional, consciente ya desde la STC 153/97 de 29-9 , en que el testimonio del coacusado solo de forma limitada puede someterse a contradicción - justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar en su propia incriminación (SSTC 57/2002, de 11-3 ; 132/2002, de 22-7 ; y 132/2004, de 20-9)- ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria y, así ha exigido un plus probatorio, consistente - como se ha explicitado anteriormente- en la necesidad de su corroboración mínima de la misma.



En el caso presente la declaración inculpativa del coacusado, aparece corroborada por las testimoniales de la hermana de la víctima, Florinda y de Dimas que declararon que conocían al recurrente y a Elisenda, sabían que fueron a ver a Teodoro a un bar que tenían en Arévalo recriminándole que le debía dinero por deudas de drogas, señalando Dimas fue a buscar a Teodoro al Club Las Vegas, reclamándole la deuda y ante la respuesta de Teodoro de que no podía pagar, escucho como Luis Miguel le amenazó de muerte si no le pagaba, las testimoniales de Dionisio y Ricardo, amigos de Bartolomé en el sentido de que esté les comento que Luis Miguel había matado a varias personas con el arma que habían comprado los dos, de Arturo, persona que vendió la pistola a ambos acusados; los testimonios de los policías de Cáceres números NUM003, NUM004, y NUM005 y del policía NUM006, en el extremo de la llamada, que estando ya detenido -habiéndose sido informados de sus derechos y asistido de Letrado- le había hecho Luis Miguel a su móvil, llamada grabada con consentimiento de este como en la que le decía "hijo puta, que miedo tienes, no vuelvas a llamarme", la prueba pericial del Cuerpo de Homicidios de la Policía Científica, Policías Nacionales NUM007 y NUM006 sobre el contenido de los teléfonos móviles de Luis Miguel, Bartolomé y Elisenda en relación a las agendas, mensajes y watshapp que aún aparecían y los que habían sido borrados que revelan un intenso tráfico de llamadas entre los dos acusados desde el 1 al 5 octubre 2014-fecha de los hechos-, y a su localización a través del posicionamiento de las antenas, que les ubican ese día en Fuenlabrada en el domicilio de Arturo para comprar el arma y una vez adquirida la pistola, los móviles los sitúan, primeramente, en Medina del Campo, en el domicilio de la hermana de Luis Miguel un breve tiempo, y posteriormente, ya con Elisenda, en el interior del vehículo, conducido por Luis Miguel, se dirigen al club Las Vegas, pudiendo constatar el posicionamiento de Luis Miguel en dicho local por la ubicación de su teléfono y que lo ocurrido sucedió entre las 20:20 y 20:40 horas; y por el resto de las pruebas a que se ha hecho referencia en el motivo primero (camareras del local, informes forenses, ADN de Bartolomé en la copa que bebió en el club, testigos protegidos y documentación obrante en autos).

Siendo así la valoración del tribunal del Jurado, primero, y del Tribunal Superior de Justicia después, no puede considerarse haya sido manifiestamente errónea al considerar probada la intervención del recurrente en los hechos, por lo que no cabe sino ratificar sus conclusiones ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpativas, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en éste caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario, ha contado con suficiente prueba de carácter inculpativa con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas inculpativas frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

RECURSO INTERPUESTO POR Bartolomé

SEXTO.- El motivo primero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción del art.-788.3 y 4 LECrim, en relación con el art. 29 LOTJ y art. 36 del mismo cuerpo legal, dado que introdujo en el acto del juicio oral por el Ministerio Fiscal una nueva participación que no ha sido objeto de prueba, existiendo un cambio de título de condena, no permisible por el artículo 788 LECrim.

Así las conclusiones provisionales, el Ministerio Fiscal atribuía a Luis Miguel el haber disparado con el arma a Teodoro, pero en las definitivas cambia el relato al recoger que "uno de ellos con la aquiescencia del otro, saca el arma descrita apuntando a Teodoro ... efectuando disparos".

El motivo coincide en su planteamiento con el articulado en cuarto lugar por el anterior recurrente, por lo que debe seguir igual suerte desestimatoria, al no entenderse como esencial la alternativa propuesta por el Ministerio Fiscal en relación a los dos acusados, máxime cuando Bartolomé no ha sido condenado como la persona que realizó los disparos.



SEPTIMO.- El motivo segundo por infracción de normas y garantías procesales por infracción del artículo 846 bis c) LECrim , por existencia de defectos en el veredicto, así como defecto en la proposición del objeto de aquel y defecto en el acta de votación del Jurado en relación con el artículo 61 LOTJ .

En el desarrollo del motivo el recurrente cuestiona que en el acta de la votación del Jurado solo aparece una enumeración de los medios de prueba que se han tenido en cuenta sin que conste explicación de la interpretación realizada.

El motivo es similar con el articulado en primer lugar por el anterior recurrente por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en orden a su desestimación.

OCTAVO.- El motivo tercero por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del artículo 849.2 LECrim ,

Error en la vulneración de la prueba que infiere de la propia declaración de recurrente, de las testificales practicadas y de los policías, que acreditar que Bartolomé fue veraz en cuanto a la cronología de los hechos, ubicaciones y situaciones.

El motivo deviene improsperable.

Como con reiteración hemos declarado, SSTS 200/2017 de 27 marzo y 49/2018 de 30 enero , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECrim . que ..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este nº 2º del art. 849 LECrim . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECrim ., a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.



Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo, STS 936/2006, de 10-10 , 778/2007 de 9-10 ; 1148/2009, de 25-11 - la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.
- 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.
- 3) Que del dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los supuestos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para no modificarlos (STS. 693/2015 de 12.11).
- 4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .

Así la STS. 911/2013 de 3.12 , recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos hechos probatorios. **De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado.**

Y concluye la expresada resolución "la contradicción, en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011).

Asimismo, han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de los que se reduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva relación del factum que no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y por consiguiente para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Previsiones omitidas por el recurrente que designa como documento, declaraciones del acusado y testificales que son pruebas personales documentadas sometidas a la libre valoración del tribunal de instancia que no pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador.

NOVENO.- El motivo cuarto por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 LECrim , y art. 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 24.2 CE .

Se argumenta que se hizo creer al recurrente que se le estaba brindando protección por parte de la policía y que tenía el carácter de testigo protegido, dejándole el teléfono cuando realmente no era así, estando vedada dicha práctica al vulnerar el artículo 24.2 CE , derecho a un proceso con todas las garantías.

Esta cuestión ya fue planteada en la instancia y resuelta tanto por el Tribunal del Jurado como por el Tribunal Superior Justicia en apelación, con argumentos que deben ser asumidos en esta serie de casacional, pues nada se opone a que, con autorización judicial, se intervenga el teléfono a quien, con independencia o no de su condición de testigo protegido, lo que no consta se le otorgara, comparece ante la Policía relatando unos hechos relacionados con dos asesinatos cometidos en otra localidad, que ya estaban siendo investigados y que por el propio contenido de su declaración imputando a una persona, pero admitiendo su presencia en el lugar de los hechos, hacía necesaria aquella medida para el esclarecimiento de lo sucedido y delimitar su propia participación.

**DECIMO.- El motivo quinto por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim , y 5.4 LOPJ , en relacion con el art. 21.4 CP .**

Considera que debería haberse estimado dicha atenuante al haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él a confesar la infracción a las autoridades, dado que fue precisamente el recurrente quien propició la identificación de Luis Miguel y Elisenda y quien describió todo lo sucedido a la Policía.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en SSTs 1071/2006 de 9 de diciembre , 544/2007 de 21 de junio , 25/2008 de 29 de enero , 1238/2009 de 11 de diciembre , 6/2010 de 27 de enero , 1126/2011 de 2 de noviembre , 708/2014 de 6 de noviembre , 856/2014 de 26 de febrero , la jurisprudencia de esta Sala, ha puesto de relieve que la razón de la atenuante no estaba en el factor subjetivo de pesar y contrición, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTs. 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTs. 22.1.97 , 31.1.2001). Tal exigencia de veracidad en nada contradice los derechos constitucionales "a no declarar contra si mismo" y "a no confesarse culpable" puesto que ligar un efecto beneficioso a la confesión voluntariamente prestada, no es privar del derecho fundamental a no confesar si no se quiere (STC. 75/87 de 25.5).

En la sentencia 25.1.2000 , se hace una exposición minuciosa de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que serían los siguientes: 1) Tendrá que haber un acto de confesión de la infracción; 2) El sujeto activo de la confesión habrá de ser el culpable; 3) la confesión habrá de ser veraz en lo sustancial; 4) La confesión habrá de mantenerse a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial; 5) La confesión habrá de hacerse ante Autoridad, Agente de la Autoridad o funcionario cualificado para recibirla; 6) Tendrá que concurrir el requisito cronológico, consistente en que la confesión tendrá que haberse hecho antes de conocer el confesante que el procedimiento se dirigía contra él, habiendo de entenderse que la iniciación de Diligencias Policiales ya integra procedimiento judicial, a lo efectos de la atenuante. Por "procedimiento judicial" debe entenderse, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, las diligencias policiales que, como meras actuaciones de investigación necesariamente han de integrarse en un procedimiento judicial (SSTs. 23.11.2005 , 19.10.2005 , 13.7.98 , 27.9.96 , 31.1.95).

La sentencia del Tribunal Superior Justicia analiza la concurrencia de la atenuante de confesión y la desestima razonando que lo único probado, es que seis días después de los hechos se dirigió a una patrulla de policía en aquella capital, sin más, siendo detenido -respuesta a la pregunta 19-, y, EN cambio, se tiene por no probado que gracias a él se hubiera podido identificar a Luis Miguel -pregunta 23-, y, lo que es definitivo, por no probado tampoco que procediera a reconocer los hechos ante la policía en su declaración de Cáceres -pregunta 35-, conjunto de pronunciamientos que impide apreciar la concurrencia de la atenuante sin suprimirlos previamente del relato, para llevar a cabo lo cual habría que haber invocado arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Razonamiento correcto y que debe ser mantenido en las atenuantes "ex post facto" el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP . pero en todo caso debe seguir exigiéndose una cooperación eficaz, seria y relevante aportando a la investigación datos "especialmente significativos para esclarecer la intervención de otros individuos en los hechos enjuiciados (SSTs. 14.5.2001 , 24.7.2002), que la confesión sea veraz, aunque no es necesario que coincida en todo (SSTs. 136/2001 de 31.1 , 51/97 de 22.1), no puede apreciarse atenuación alguna cuando es tendenciosa, equivoca y falsa, exigiéndose que no oculta elementos relevantes y que no añade falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades (STS. 888/2006 de 20.9).

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL



DECIMO PRIMERO.- El motivo único por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y del art. 852 LECrim , al entender infringido los artículos 9 y 24 CE por infracción de precepto constitucional, en particular referido a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la arbitrariedad.

Argumenta que la sentencia dictada el 11 enero 2017 por el Presidente del Tribunal del Jurado condenó a Elisenda como cómplice, artículo 29 CE , de dos delitos de asesinato del artículo 139.1 CP , pero la sentencia dictada en apelación el 30 mayo 2017 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , suprimió del relato de hechos probados el extremo referido a la **actitud vigilante** de Elisenda y, como consecuencia de ello absolvió a la misma de su responsabilidad como cómplice te había apreciado el Tribunal del Jurado.

Razona la sentencia Tribunal Superior Justicia que la circunstancia "actitud vigilante" que él Jurado deduce de la ubicación del Hotel y la declaración de un agente de policía, no implica que Elisenda realizará tal actividad pudiendo estar allí esperando simplemente a que salieran los otros dos acusados en tanto que la declaración del agente se limitó a decir que desde algunas zonas del aparcamiento podía verse el club donde ocurrieron los hechos, y concluye que lo anterior no significa que la espera de Elisenda en el vehículo tuviera por finalidad avisar a los ejecutores de cualquier peligro o incidencia (FD. 23), por lo que considera que se ha aplicado indebidamente el artículo 139.1 CP , ya que Elisenda no cooperó probadamente, en los términos del artículo 29 CP , a la ejecución del delito allí tipificado con actos anteriores o simultáneos, padeciendo haberse limitado a esperar pasivamente el regreso de su compañero sentimental".

Y, en consecuencia, acoge el motivo de apelación basado en la infracción del apartado b) el artículo 846 bis c) LECrim y estima vulnerado la presunción de inocencia de Elisenda .

El Ministerio Fiscal no comparte estas apreciaciones al entender que él veredicto del Jurado estaba suficientemente motivado y que la declaración de culpabilidad que contenía estaba avalada por pruebas bastantes que enervaban la presunción de inocencia, habiendo procedido el tribunal de la apelación, indebidamente a una nueva valoración de la prueba disponible, sustituyéndolo la del tribunal de Jurado por la suya propia, extralimitándose en sus funciones de control.

Pues bien, frente a las razones que la sentencia STJ, esgrime, el Ministerio Fiscal considera que la sentencia redactada por la Presidente del Tribunal del Jurado no se aprecia defecto o deficiencia en su motivación.

Así destaca como actos de complicidad:

- 1) Que fue con los otros dos acusados al Club Las Vegas sito en la localidad de Medina del Campo.
- 2) Que como pareja del acusado Luis Miguel , sabe que van armados y que pudieran hacer uso del arma para cobrar una deuda y lo acepta, no siendo la primera vez que acompañaba a su pareja con esta finalidad.
- 3) Que se desplazan en el vehículo de Luis Miguel hasta el referido Club Las Vegas estacionando el vehículo en el aparcamiento situado en la entrada del Hotel San Roque, frente al Club, al otro lado de la carretera.
- 4) Desde ese lugar, como declara un agente de policía, se divisa el Club, siendo lugar adecuado para vigilar la posible concurrencia de otros vehículos o clientes que pudieran acceder al establecimiento cuando están dentro los otros dos acusados.
- 5) Que Elisenda permaneció en el interior del vehículo todo el tiempo que Luis Miguel y Bartolomé estuvieron en el Club, siendo indiferente que se hallara o no al volante del mismo.
- 6) Que desde que Luis Miguel y Bartolomé entraron en el Club y en el transcurso de los hechos, ellos y Elisenda mantuvieron operativos sus teléfonos móviles, lo que hacía posible que Elisenda les comunicara cualquier incidencia del exterior.
- 7) Y que cuando detienen a Luis Miguel , su hermana habla con Elisenda y le comunica la detención de este y del otro acusado, diciendo como el "Malaguita", diciendo "ya sabes por qué", a lo que asiente Elisenda .

Indicios estos plurales que refuerzan entre sí, siendo la inducción o inferencia que de ellos de deriva conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia y se ve corroborada porque Elisenda no declaró en toda la instrucción de la causa, solamente en el juicio oral para corroborar la versión de Luis Miguel , desmontada por la fehaciencia de su ubicación el día y la hora de los hechos en el local y por su silencio, negándose a desmentir que supiera que los otros acusados tenía una pistola o que intenciones tenían, por lo que debe perjudicarla.

Por tanto, concluye el Ministerio Fiscal que ha habido prueba de cargo valorada por el Jurado que no carece de toda base razonable para llevar a la declaración de culpabilidad y condena que fue impuesta, por lo que no debió ser estimado el recurso de apelación, interpuesto por Elisenda por la vía del artículo 846 bis c), apartado b) LECrim , al no poder concluirse que la condena impuesta carezca de toda base razonable atendida la prueba practicada, sin que se estime vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.



En definitiva, se ha producido infracción de precepto constitucional en la sentencia del Tribunal Superior Justicia por la que procede su anulación y se valida la sentencia del tribunal del Jurado que condenaba a Elisenda como cómplice de dos delitos de asesinato del artículo 139.1 CP .

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la distinción entre el juicio sobre la existencia (y suficiencia) de la motivación y el juicio sobre la razonabilidad de la valoración de los elementos de convicción llevada a cabo por el Jurado. Una cosa es que el razonamiento o motivación del veredicto sea, no ya más o acertado, sino arbitrario o carente de toda razonabilidad -que es lo que podría implicar la falta de motivación alegable por la vía del apartado a) del art. 846 bis c)- y otra muy distinta que, al amparo del mismo, pueda entrarse a discutir si el Jurado estuvo o no acertado en la valoración de la prueba". Es decir, a pretexto de una falta de motivación no puede intentar cuestionarse la valoración alcanzada por el Tribunal de Jurado.

Ahora bien si la motivación, por estar clara, pone al descubierto que el Jurado ha valorado las pruebas de manera manifiestamente equivocada, entonces el reproche que puede hacerse no es el de falta de motivación, sino el de arbitrariedad del veredicto en sí, pudiendo llegarse a alterarlo por la vía del apartado e) del artículo 846 bis c) -que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque, atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta-o incluso, en algunos casos, por la vía del apartado b)- que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad como de la responsabilidad civil. Si en cambio, el veredicto no es en sí mismo irrazonable (es decir defendible) pero se ofrecen razones completamente periféricas y alejadas de lo que constituyó el debate entre las partes y el ámbito de divergencia entre unas tesis y otras, o simplemente son expresiones "carentes de razonabilidad" entonces el tribunal no podrá revisar el relato fáctico (pues pudiera estar bien fundado y no puede la Sala de apelación -y esta propia Sala- suplantar la competencia del tribunal "a quo", más que en los casos en que el veredicto en sí carezca de toda base razonable), pero sí acordar por él insubsanable defecto de falta de motivación adecuada, la repetición del juicio oral con un nuevo tribunal de Jurado.

En este punto resulta relevante señalar que sobre la cuestión de si la valoración de la prueba está suficientemente motivada en la sentencia, hemos dicho en SSTs 577/2014 del 12 julio , y 86/2018 de 19 febrero , no es una cuestión que atañe solo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afecta principalmente al derecho a la presunción de inocencia (art.- 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha entendido que uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio, como se afirma en la STC. 145/2005 de 6.6 , existe "una íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, que no en vano consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o motivada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin la motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Así lo hemos afirmado en numerosas ocasiones, señalando que no sólo se vulnera el derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo validas o cuando por ilógico o insuficiente, no sea razonable el iter decisivo que conduce de la prueba al hecho probado, sino también, con carácter previo a estos supuestos, en los casos de falta de motivación del resultado de la valoración de las pruebas (SSTC. 189/98 de 28.9 , FJ.2, 120/99 de 28.6 , 249/2000 de 30.10 FJ.3 , 155/2002 de 22.7 FJ. 7 , 209/2002 de 11.11 FJ. 3 , 163/2004 de 4.10 FJ.9).

Por ello una de las consecuencias de esta perspectiva constitucional de la falta de motivación suficiente del relato fáctico incriminatorio es la de que la plena reparación del derecho vulnerado pasaba normalmente por la anulación sin retroacción de la sentencia condenatoria. En términos análogos a los utilizados por la STC. 151/97 de 18.6 , para el derecho a la legalidad sancionadora, la falta de un fundamento fáctico concreto y cognoscible priva a la pena del sustento probatorio que le exige el art. 24.2 CE , y convierte el problema de motivación reparable con una nueva sentencia, en su problema de presunción de inocencia, solo reparable con su anulación definitiva.

El incumplimiento del deber de motivación fáctico ya no solo puede suponer un defecto o vicio interno de la resolución que comprometa su validez, sino que constituye una fuente de lesión directa del derecho a la presunción de inocencia que puede arrastrar como consecuencia no la nulidad de la sentencia sino la absolción del inculpaado (SSTC. 5/2000 , 139/2000 , 149/2000 , 2002/2000).

No obstante el grado de motivación constitucionalmente exigido ex derecho a la presunción de inocencia es superior al grado mínimo exigido en general para la tutela judicial efectiva, dado que está precisamente en juego aquel derecho y en su caso, el que resulte restringido por la pena, que será el derecho a la libertad cuando la condena lo sea a penas de prisión (SSTC. 2009/2002 de 11.1 , 169/2004 de 6.10 , 143/2005). Esta explicitación debe conectarse con el contenido del derecho a la presunción de inocencia y transmitir



la información necesaria para comprobar "desde un punto de vista subjetivo que cuando el Juez llegó a la conclusión fáctica que expresa, lo hizo porque no albergaba al respecto duda razonable, y desde una perspectiva objetiva que su convicción no resulta reprochable: que resulta razonable pensar que no albergaba dudas razonables" (STC. 145/2005).

En definitiva, como hemos dicho en STS. 10/2015 de 29.1 , con cita SSTS. 151/2011 de 10.3 , 1429/2011 de 30.12 , 241/2012 de 23.3 , 631/2012 de 9.7 , *la presunción de inocencia implica que la decisión de condena debe venir avalada por la constatación de la existencia de motivos, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, al decidir el recurso, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse si es aceptable o no la afirmación de que tales motivos existen.*

Por el contrario, el derecho de tutela judicial, además de que no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena, ni es alegable solamente, por ello, por quien es condenado, alcanza a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena.

De ahí que resulte inadmisibile la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial, de una pretensión que, a modo de presunción de inocencia invertida, inste la afirmación de existencia de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena. El derecho a la tutela judicial no alcanza a la existencia o inexistencia de tales motivos.

Tal diferencia de contenido se traduce en una esencial diferencia de los efectos de la vulneración de una u otra garantía. La vulneración de la garantía de tutela judicial aquel derecho justifica solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para la condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.

Por su parte el Tribunal Constitucional se refiere, por un lado, a lo que denomina la "cuestión de si la valoración de la prueba está **suficientemente** motivada" afecta al derecho a la tutela judicial, pero también, e incluso principalmente, a la garantía de presunción de inocencia. El matiz determinante será el *grado de incumplimiento de la obligación de motivar* . El derecho a la **tutela judicial se satisface con un grado mínimo** . Basta con que la sentencia permita la cognoscibilidad de la *ratio decidendi* . Pero **si éste no** se alcanza se habrá vulnerado el más exigente canon de la **presunción de inocencia** . (SSTC 9/2011 de 28 Feb. 2011 y las ahí citadas SSTC 5/2000), de 17 de enero, FJ 2 ; 249/2000 de 30 de octubre, FJ 3 ; 209/2002 de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 143/2005 de 6 de junio , FJ 4); 245/2007 de 10 de diciembre , FJ 5). En la STC 107/2011 de 20 de junio se reitera que el derecho a la tutela se considera satisfecho siempre que la motivación no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente.

En el caso que nos ocupa la sentencia recurrida, esto es la del Tribunal Superior de Justicia, en el fundamento de derecho decimoquinto-tras resolver el fundamento anterior las posibles contradicciones en el veredicto al declarar probada la proposición 9 y no probada la número 6 que aparentemente coincidían- considera que los hechos que él Jurado ha declarado probado y por los que Elisenda ha sido declarada culpable son, en definitiva, haber acompañado a Luis Miguel y Bartolomé en el coche del primero al establecimiento donde se cometieron los delitos, sabiendo que se proponían cobrar una deuda pendiente portando una pistola de la que podían hacer uso, y haberse quedado en el coche, aparcado en el estacionamiento de un hotel cercano, en actitud vigilante.

Hecho probado en lo relativo a la actitud vigilante de él Jurado infiere de la situación del hotel y de la declaración de un agente de policía, y que la Presidente del Tribunal del Jurado complementa en cuanto se sabía de la existencia del arma y de la posibilidad de su uso para el cobro de la deuda, por su condición de parejas de Luis Miguel , y en lo relativo a esa tarea de vigilancia, por la posición del vehículo en el aparcamiento del Hotel frente al Club, del hecho de los tres teléfonos móviles operativos en el transcurso de los hechos; de la conversación que Elisenda mantuvo con Marí Juana , hermana de Luis Miguel , en la que esta le comunicaba la detención de aquel y de Bartolomé , diciéndole "ya sabes por qué", asintiendo Elisenda ; y a la postura adoptada por esta no declarando en todo el desarrollo de la causa y sólo en el funcional para corroborar la versión de Luis Miguel , que es calificada de no verosímil, y su silencio, negándose a desmentir su conocimiento de que los otros acusados llevaban un arma y las intenciones que tenían.

La sentencia recurrida-la del Tribunal Superior de Justicia-discrepa de este razonamiento, fundamento derecho 23º, en relación a la actitud vigilante deducida de la situación del hotel, que por sí sola no lo implica, pues se podía estar allí esperando simplemente y sin más a que salieran, y de la declaración de un agente de policía que no la sorprendió en dicha actitud, sino que dijo que desde algunas zonas del aparcamiento del hotel podía verse el edificio del Club y desde otras no, lo cual tampoco significa sin más que la espera tuviese por finalidad lo que en expresión delincencial, pero tan sumamente gráfica que ha sido admitida por admitida la Real Academia Española, se denomina *dar el queo*, es decir, avisar de inmediato a los ejecutores de cualquier peligro o incidencia, siendo lo cierto que Elisenda ni siquiera se hallaba probadamente al volante



de un coche que no había conducido ella hasta el momento, ni tenía otro medio de cumplir con su supuesta función que llamarles por teléfono o hacer sonar, quizá, la bocina a considerable distancia, disposición que no cabe presumir, dadas las circunstancias, sin afectar a la presunción prevalente que se invoca, lo que le lleva, fundamento derechos 24º, a entender vulnerada la presunción de inocencia en este concreto extremo "ya que Elisenda no cooperó probadamente, como exige el artículo 29 CP, a la ejecución del hecho allí tipificado con actos anteriores o simultáneos, si no que parece haberse limitado a esperar pasivamente el regreso de su compañero sentimental, al que no era la primera vez que acompañaba en sus andanzas, en calidad de tal, dado el tipo de convivencia poco convencional de la pareja".

Razonamiento correcto y que debe mantenerse en esta serie de casacional.

En efecto-como hemos dicho en STS 110/2018 de 8 marzo -la doctrina de esta Sala en relación a la prueba indiciaria, ha insistido en la necesidad de LA explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aun cuando ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .." y "en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

En igual dirección el Tribunal Constitucional recuerda que este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (F.J. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que



su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4).

Situación que sería la del caso analizaba por cuanto:

-Que Elisenda hubiera acompañado a los otros dos acusados en el vehículo que conducía Luis Miguel - su pareja sentimental- no puede valorarse por sí solo como indicio de su conocimiento de que, uno de ellos, llevaba una pistola y que podían usarla si no cobraban la deuda que el propietario del Club mantenía con Luis Miguel .

Así, de una parte, en el hecho probado sólo se recoge que Elisenda acudió una única vez -en agosto de ese año-, con Luis Miguel , a uno de los establecimientos de la víctima, Teodoro , para reclamarle la deuda pendiente, sin que Luis Miguel llevase arma alguna, y de otra-enlazando en este punto con el recurso interpuesto por la propia Elisenda que pidió no obstante su absolució que se elimine del relato fáctico que ella conociera que Luis Miguel y Bartolomé portaban un arma y que pensaban usarla si fracasaban en su intento de conseguir el objetivo perseguido-que el Jurado deduce probada esta circunstancia en la contestación a la proposición 30ª del objeto del veredicto "por conocimiento de la deuda que mantenían con Teodoro y por los antecedentes de Luis Miguel ", por lo que resulta especialmente significativo que la pistola utilizada había sido adquirida el mismo día de los hechos en el viaje que Luis Miguel realizó, primero, a Leganés donde recogió a Bartolomé , y a continuación, los dos, a Fuenlabrada, donde un tercero les entregó una pistola, abonando Luis Miguel 1300 €, viaje en el que el propio Jurado no tiene probado que fuera Elisenda , a la que recogieron sobre las 20 horas en Medina del Campo en el domicilio de la hermana de Luis Miguel , dirigiéndose ya los tres juntos al Club regentado por Teodoro , en las afueras de esta localidad, en la carretera de Madrid, al que llegaron sobre las 20:30 horas con la finalidad del cobro de la deuda.

Siendo así no puede inferirse, sin duda razonable alguna, que conociera la existencia del arma.

Igualmente resulta evidente que el hecho de que Luis Miguel tuviera antecedentes penales por tenencia ilícita de armas no derive necesariamente tal conocimiento, no sólo porque no hay dato alguno que permita presumir que Elisenda conociera tal circunstancia, sino porque aquellos antecedentes, al no haberse solicitado por las acusaciones la aplicación en el delito de tenencia ilícita de armas por el que Luis Miguel también ha sido condenado, la agravante de reincidencia, tuvieron que ser lo suficientemente antiguos para posibilitar su cancelación, por lo que obstaría aún más, su conocimiento por Elisenda .

-La ubicación del vehículo en el aparcamiento del hotel, situado frente al club, al otro lado de la carretera, no permite inferir de forma lógica y racional que lo fuera una única finalidad de vigilar y alertar, en su caso, a los acusados de la posible llegada y presencia de otras personas al club, máxime cuando desconociéndose el lugar concreto del aparcamiento donde se estacionó el vehículo, cobra importancia la declaración del policía en el sentido de que había zonas desde las que sí se podía ver la puerta del club, pero otras no.

-En cuanto a los dos restantes indicios de los que la Magistrada Presidente infiere los actos de complicidad en la sentencia: que los tres acusados, desde que Luis Miguel y Bartolomé entraron en el club, mantuvieron sus móviles operativos-lo que no puede considerar como algo excepcional-para posibilitar que Elisenda pudiera comunicarles cualquier incidencia exterior, y la conversación mantenida entre la hermana de Luis Miguel y Elisenda , a raíz de la detención de aquél, debemos significar que si bien-como ya hemos precisado ut supra- el Presidente del Tribunal del Jurado puede complementar la referencia que los Jurados hagan al resultado de determinadas pruebas, es decir, si el Jurado era apartado del relato fáctico, remitiéndose a la declaración de un testigo en el plenario, el Magistrado Presidente puede complementar dicha motivación expresando que el criterio del Jurado es lógica consecuencia de que efectivamente el referido testigo efectuó determinadas manifestaciones en el juicio que justifican la valoración probatoria del Jurado, pero para ello **es necesario que las afirmaciones fácticas a que se refiere la sentencia del Tribunal del Jurado hayan sido sometidas a la consideración del Jurado que, por tanto se pronunciaron sobre su probanza y concurrencia**, lo que no ha acaecido en el presente procedimiento, dado que en el objeto del veredicto no se introdujo proposición alguna en tal sentido, por más que en relación a la conversación mantenida con la hermana de Luis Miguel , el conocimiento por parte de Elisenda de los motivos de la detención de este -que también conocía su



hermana- pudo perfectamente producirse, una vez sucedido los hechos en el viaje de regreso con el vehículo por habérselo comunicado los otros dos acusados.

DECIMO SEGUNDO.- Finalmente en cuanto el valor probatorio del silencio, haciendo uso de su derecho a no declarar en todas sus sucesivas declaraciones en STS 455/2014 de 10.6 . se ha destacado, como el TEDH, en sentencia 8.2.96 (conocida como el caso Murray), enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El señor Romulo acudió ante la Comisión y denunció la violación de los arts. 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. alegando que fue privado de su derecho a guardar silencio en el procedimiento penal contra él. Adujo que el tribunal británico extrajo importantes consecuencias derivadas de su permanencia en silencio, tanto en el interrogatorio policial como durante el proceso, en aplicación de la Ordenanza de 1988 sobre la prueba criminal en Irlanda del Norte. Esas deducciones -señaló- fueron decisivas para determinar su culpabilidad, enervando así el principio de presunción de inocencia e invirtiéndose la carga de la prueba.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Solo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado -dice el TEDH-le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del "Caso Murray" en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la sentencia 26/2010, de 27 de abril, el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: "pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que "ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria" (SSTC 202/2000, de 24 de julio ; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que ¡a futilidad de! relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado (STC 155/2002 , citando la STC 220/1998. de 16 de noviembre).

En la sentencia 155/2002, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional estableció que "nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de ¡a doctrina sentada por ¡a STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido , ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC 220/1998 . dijimos que so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes y , asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio , precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que 'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria.

Por último, el TC arguye en la sentencia 202/2000 . de 24 de julio, que "este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art.17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado,



acusado o imputado ex art.24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre ; 100/1996, de 11 de junio ; 21/1997 de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke ; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray ; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre).

Pues bien, prosigue diciendo la sentencia precitada, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997 , ya citada), ha podido resultar vulnerado, solo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación".

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado.

De lo contrario advierte reiteradamente el Tribunal constitucional se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal, de modo que, tal como señala el supremo interprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador a su culpabilidad, pero no para suplir la insuficiencia de la prueba de cargo contra él.

Doctrina ésta confirmada por la Directiva 2016/343 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9.3.2016, cuyo art. 7.5 recoge: "El ejercicio por parte de los sospechosos y acusados del derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos no se utilizará en su contra ni se considerará prueba de haber cometido la infracción penal.

Sin olvidar que ésta acusada si declaró en el juicio oral en el mismo sentido que su pareja Luis Miguel , esto es negando su participación en los hechos y su presencia en el lugar, negativa amparada en su derecho a no confesarse culpable.

Corolario de lo expuesto es que si la acusada permaneció en el interior del vehículo, esperando y sin hacer nada, mientras los otros dos acusados entraban en el Club, sin que conste realizara labores de vigilancia y apoyo, lo único que podría hacer, como señala la sentencia recurrida sería llamar por el móvil o hacer sonar la bocina del vehículo a considerable distancia -tal conducta no comporta acto alguno de cooperación a la ejecución de los delitos cometidos: dos asesinatos, cuya posibilidad de ejecución-singularmente la muerte de una de las camareras-difícilmente podría representarse -no olvidemos que ni siquiera conocía el porte de la pistola y que dos meses antes había acompañado a Luis Miguel a reclamar la misma deuda a la misma persona, sin que se produjese incidente violento alguno.

El motivo, en consecuencia, deberá ser desestimado pues como decíamos en SSTS 147/2007 del 28 febrero , 689/2014 de 21 octubre , 120/2018 de 16 marzo , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

-La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción



del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98 , 24.4.2000) . Elementos estos que, por lo razonado, no concurren en la actuación de Elisenda .

RECURSO INTERPUESTO POR Elisenda

DECIMO TERCERO.- El motivo primero por vulneración de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 LOPJ , por infracción del derecho la presunción de inocencia, en cuanto al conocimiento por su parte de que los dos acusados llevaran una pistola.

La recurrente que ha sido resuelta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, carece, en principio de legitimación por ausencia de interés legítimo para ello.

Es cierto que si la sentencia absolutoria fuese recurrida por alguna de las partes acusadoras y el acusado absuelto estima fundadamente que la sentencia recurrida -es decir absolutoria-, carece de una fundamentación consistente, por haber desechado alguna tesis exculpatoria de la defensa, que se considera más fundada o no se hubiera pronunciado sobre alguna cuestión obstativa del enjuiciamiento cuestionado (prescripción, denegación de pruebas, incongruencia omisiva) es indudable que, en tales supuestos, no podría cerrarse la puerta a un posible recurso de casación del acusado absuelto, pues se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) al no poder afirmarse de forma inconstatable que dicho acusado careciera en tal caso, de un interés legítimo para impugnar la sentencia de instancia, por cuanto podría causarse una verdadera indefensión constitucionalmente proscrita (artículo 24.1 CE), es lo que se denomina en la doctrina "recurso preventivo".

Mas dicho esto, es preciso decir también que, desestimados todos los motivos del recurso de casación interpuestos por la acusación particular contra la sentencia absolutoria, la acusada absuelta carece ya de interés legítimo para que este tribunal se pronuncie sobre el recurso cuestionado-máxime cuando en el análisis del recurso interpuesto por la acusación particular esta Sala ya ha aceptado la argumentación que se expone en el recurso de la defensa sobre su conocimiento del porte del arma-

Por todo lo expuesto, no debe hacerse pronunciamiento alguno sobre el recurso articulado por la representación de la acusada absuelta Elisenda .

DECIMO CUARTO.- Desestimándose los recursos interpuestos se declaran de oficio las costas del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, y se condena a los recurrentes Luis Miguel , y Bartolomé , al pago de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por **el Ministerio Fiscal** , contra la sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 30 de mayo de 2.017 , con declaración de oficio de las costas del recurso.

Desestimar los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de **Luis Miguel** , **Bartolomé** , contra referida sentencia, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus recursos; sin hacer pronunciamiento sobre el recurso interpuesto por Elisenda por infracción de presunción de inocencia.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D^a. Ana María Ferrer García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ