



Roj: **STS 2940/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2940**

Id Cendoj: **28079120012016100540**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/06/2016**

Nº de Recurso: **10982/2015**

Nº de Resolución: **497/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Zamora, Tribunal del Jurado, 05-05-2015,**  
**STSJ CL 5047/2015,**  
**STS 2940/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a nueve de Junio de dos mil dieciséis.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **las representaciones de Carlos y Celso**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Zamora, en el Rollo de Tribunal del Jurado nº 2/2014, procedente de Procedimiento de Jurado nº 1/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zamora, que le condenó a los recurrentes como autores de un delito de asesinato y confirmar la sentencia apelada en todos sus términos; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida La Acusación Particular en representación de Francisco, Geronimo, Estrella, Fidela, y Isaac, Jacinta, representados por las Procuradoras Sras. Paula Maria Guhl Millán, Natalia Delgado Pérez-Iñigo, M<sup>a</sup> Luisa Martínez Parra, Gemma Muñoz Minaya, Lucina Gómez Gómez, Juan Antonio García San Miguel Orueta respectivamente, y dichos recurrentes representados por la Procuradora Sra. Dolores Fernández Prieto.

## **I. ANTECEDENTES**

**Primero.**- 1.-El Juzgado de Instrucción nº 1 de Zamora, instruyó diligencias, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Zamora que con fecha 5 de mayo de 2014 dictó sentencia que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Sala de lo Civil y Penal, recurso que fue resuelto por sentencia de fecha 5 de noviembre de 2.015, que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

**HECHOS PROBADOS:** "De conformidad con el veredicto del **expresa y terminantemente probado:** «EL TRIBUNAL DEL JURADO HA EMITIDO VEREDICTO, DECLARANDO PROBADOS LOS SIGUIENTES HECHOS:

PRIMERO: "1.-En hora no determinada, pero en todo caso entre las 12,30 y las 2 de la madrugada del día 19 de Septiembre de 2012 el acusado, Carlos (conocido como Casposo), que se encontraba en uno de los fumaderos del Barrio de las Llamas de Zamora, en compañía de su amigo Celso (conocido como Canicas), le pidió a Pedro Miguel las llaves del vehículo de su propiedad (Volkswagen Polo, matrícula FI-....-F).



2.- Una vez que Carlos tuvo en su poder las llaves del vehículo y de común acuerdo con Celso, llamó a Cosme para que los acompañase, montándose los tres en el vehículo propiedad de Pedro Miguel, Carlos en el asiento del conductor, Celso en el asiento delantero derecho y Cosme en el asiento trasero.

1- A bordo de dicho vehículo se trasladaron a un lugar no determinado, en el que golpearon a Cosme con un objeto duro y romo, causándole heridas muy graves en la cara y traumatismo craneoencefálico y de mandíbula.

4.- Dado que a pesar de las citadas agresiones Cosme no había fallecido y estando la víctima en el suelo, procedieron a estrangularle con una mano, mientras le introducían tierra en la boca y empujaban con mucha fuerza sobre el abdomen hasta producirle una fuerte compresión, lo que junto con la estrangulación y sofocación produjeron la muerte de Cosme.

5.- Una vez causada la muerte, le colocaron una bolsa de plástico, de las que se facilitan en los hospitales del SACYL, para introducir en ellas los efectos personales de las personas que son ingresadas, en la que figuraba una etiqueta identificativa con los datos del padre de Pedro Miguel, en la cabeza y procedieron a atarle las piernas con una rodillera y unos cables y dentro del maletero del vehículo lo trasladaron al embalse del Ricobayo (dentro del término municipal de Carbajales de Alba), arrojándole al agua donde fue hallado al día siguiente por un pastor.

6.- Cuando se produjo la agresión a Cosme, que finalmente le causó la muerte, este se encontraba en unas circunstancias (por tratarse de un ataque por sorpresa, por estar afectado por la ingesta de drogas o por otras circunstancias) que le imposibilitaban o dificultaban su defensa.

7.- Con la actuación descrita, se aumentó de forma deliberada e innecesaria el sufrimiento de la víctima.

8.- El acusado Carlos, con la finalidad de impedir ser encontrado por la Policía y sustraerse a la acción de la Justicia, abandonó la localidad de Zamora y se ocultó en la localidad de Gélver (Sevilla), concretamente en un piso de la CALLE000 n° NUM000, NUM001, que había sido alquilado a nombre del acusado Rogelio y Begoña, esta última hija de Debora que es prima hermana de la madre de Carlos.

9.- Rogelio Y Begoña ayudaron a Carlos y a su familia a ocultarse, con conocimiento de que estaba siendo buscado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por ser sospechoso de haber participado en la muerte de una persona.

Carlos, con DNI n° NUM002, nació en Salamanca el día NUM003 de 1992, carece de antecedentes penales y permanece en prisión provisional por esta causa desde el día 25 de septiembre de 2012.

Celso, con DNI n° NUM004, nació en Zamora, el día NUM005 de 1981, tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, estando privado de libertad por esta causa desde el día 4 de octubre de 2012."

*SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia, dictada el 5 de mayo de 2015 y fechada por error el 5 de mayo de 2014, dice literalmente:*

*"FALLO: A la vista del veredicto de culpabilidad acordado por el Tribunal del Jurado, y de los demás pronunciamientos y declaraciones contenidas en el mismo, debo CONDENAR Y CONDENO a los acusados Carlos Y Celso, como autores penalmente responsables de un DELITO DE ASESINATO consumado, previsto y penado en los artículos 139 y 140 del Código Penal, cualificado por la concurrencia de alevosía y concurriendo la circunstancia de ensañamiento, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a indemnizar, en concepto de responsables civiles directos a Leandro Y Isaac en la cantidad de 15.000 £ a cada uno de ellos y en la de 10.000 € a cada uno de los hermanos Fidela, Jacinta, Estrella, Geronimo Y Francisco, por el fallecimiento de su hermano, cantidades a las que se le aplicarán los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.*

*En todo caso, para el cumplimiento de la pena impuesta se abonará a los acusados condenados el tiempo que hayan estado privado de libertad por esta causa. Debo condenar y condeno a Begoña Y Rogelio, como autores responsables de un DELITO DE ENCUBRIMIENTO previsto y penado en el artículo 451 del Código Penal a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de la otra mitad de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares.*

*No procede la petición de indulto ni la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad."*

**Segundo.-** El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Sala de lo Civil y Penal dictó el siguiente pronunciamiento:



*FALLO: Que, estimando íntegramente los recursos de apelación respectivamente formulados por el condenado Rogelio y la condenada Begoña , así como en parte los interpuestos por los condenados Carlos y Celso contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente la misma, absolviendo libremente al citado Rogelio y a la citada Begoña del delito de encubrimiento que se les imputa y de cualquier otra responsabilidad penal por los hechos enjuiciados, declarando de oficio la mitad de las costas del juicio, condenando a Carlos y a Celso , como autores de un delito de asesinato, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a sendas penas de dieciocho años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y manteniendo en sus propios términos los restantes pronunciamientos de la resolución recurrida, salvo el relativo a la suspensión de la condena, que se tiene por no puesto, sin imposición a ninguna de las partes de las costas de esta alzada.*

**Tercero** .- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley, por los acusados Carlos y Celso , 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**.- Las representaciones de los procesados, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

RECURSO DE Carlos

MOTIVO PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 24.2 de la CE y el artículo 18.3, secreto de las comunicaciones, al no haberse respetado en el auto de 14 de septiembre de 2012 los requisitos exigidos para la intervención y escuchas telefónicas.

MOTIVO SEGUNDO.- Se formula al amparo del artículo 849-1° de la LECRIM , por aplicación indebida del artículo 139 del Código Penal .

RECURSO DE Celso

MOTIVO PRIMERO.- Se formula al amparo del artículo 851-1° de la LECRIM al consignar como hechos probados conceptos jurídicos que implican predeterminación del fallo.

MOTIVO SEGUNDO.- Se formula al amparo del artículo 849-2° de la LECRIM por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador y no resulten contradichos por otros elementos probatorios.

MOTIVO TERCERO.- Se formula al amparo del artículo 849-1° de la LECRIM , por aplicación indebida del artículo 139 y de los artículos 27 y 28 del Código Penal .

MOTIVO CUARTO.- (FIGURA COMO TERCERO, NUEVAMENTE, EN EL RECURSO) Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 24.2 de la CE , al entender vulnerada el derecho a la presunción de inocencia

**Quinto**.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicita la inadmisión; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto**.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Carlos

**El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 852 LECrim , por infracción de precepto constitucional.**

**Solicita en primer lugar la nulidad del procedimiento por vulneración del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, en virtud de lo dispuesto en los arts. 24.2 y 18.3 CE . En orden al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.**

Argumenta que el auto de 24.9.2012 que autorizó la intervención de unos teléfonos vulnero referido derecho y el de la intimidad, al basarse en meras sospechas de que el fallecido era consumidor de droga y los rumores de que dos personas condenadas por el tráfico de drogas - Anton y Raimunda - tenían relación con el finado, por lo que en virtud de la prueba ilícita, esto es la obtenida con vulneración de derechos fundamentales y en



virtud de la teoría de los frutos del árbol envenenado y la conexión de antijuricidad, habría de dictarse una sentencia absolutoria para el recurrente.

Pretensión que deviene inaceptable.

La solicitud de nulidad de las escuchas telefónicas constituye una cuestión habitual en los recursos de casación, por lo que es conveniente reproducir la doctrina de esta Sala Segunda, entre otras, SSTs. 635/012, de 17.7, 301/2013 de 18.4, 425/2014 de 28.5 y 413/2015 de 16.6, en el sentido de que el secreto de las comunicaciones telefónicas constituye un derecho fundamental que está garantizado en el art. 18, párrafo tercero de la Constitución de 1978.

La declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 12º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17º, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su art. 8º y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art 7º, que constituyen parámetros para la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución conforme a lo dispuesto en su art. 10 2º, garantizan de modo expreso el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El derecho al secreto de las comunicaciones puede considerarse una plasmación singular de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, que constituyen el *fundamento del orden político y de la paz social* ( STC núm. 281/2006, de 9 de octubre y STS núm. 766/2008, de 27 de noviembre ), por lo que trasciende de mera garantía de la libertad individual, para constituirse en medio necesario para ejercer otros derechos fundamentales. Por ello la protección constitucional del secreto de las comunicaciones abarca todos los medios de comunicación conocidos en el momento de aprobarse la norma fundamental, y también los que han ido apareciendo o puedan aparecer en el futuro, no teniendo limitaciones derivadas de los diferentes sistemas técnicos que puedan emplearse ( SSTs núm. 367/2001, de 22 de marzo y núm. 1377/1999, de 8 de febrero ).

El derecho al secreto es independiente del contenido de la comunicación, debiendo respetarse aunque lo comunicado no se integre en el ámbito de la privacidad ( SSTC núm. 70/2002, de 3 de Abril y núm. 114/1984, de 29 de noviembre ).

Pero, sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que en toda sociedad democrática existen determinados valores que pueden justificar, con las debidas garantías, su limitación ( art. 8º del Convenio Europeo ). Entre estos valores se encuentra la prevención del delito, que constituye un interés constitucionalmente legítimo y que incluye la investigación y el castigo de los hechos delictivos cometidos, orientándose su punición por fines de prevención general y especial. El propio art 18.3 CE prevé la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones mediante resolución judicial ( STS núm. 246/1995, de 20 de febrero , entre otras muchas).

En nuestro ordenamiento la principal garantía para la validez constitucional de una intervención telefónica es, por disposición constitucional expresa, la exclusividad jurisdiccional de su autorización, lo que acentúa el papel del Juez Instructor como Juez de garantías, ya que lejos de actuar en esta materia con criterio inquisitivo impulsando de oficio la investigación contra un determinado imputado, la Constitución le sitúa en el reforzado y trascendental papel de máxima e imparcial garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta manera en la investigación, impulsada por quienes tienen reconocida legal y constitucionalmente la facultad de ejercer la acusación, no se puede, en ningún caso ni con ningún pretexto, adoptar medidas que puedan afectar a dichos derechos constitucionales, sin la intervención imparcial del Juez, que en el ejercicio de esta función constitucional, que tiene atribuida con carácter exclusivo, alcanza su máxima significación de supremo garante de los derechos fundamentales ( STS núm. 248/2012, de 12 de abril ).

No puede olvidarse que las exigencias establecidas en nuestro ordenamiento para las intervenciones telefónicas son de las más estrictas que existen en el ámbito del derecho comparado, en primer lugar porque en muchos ordenamientos de nuestro entorno no se exige autorización judicial, siendo suficiente la intervención de una autoridad gubernativa, y en segundo lugar porque en aquellos en que se exige la autorización judicial, generalmente ordenamientos de corte anglosajón, no se imponen al Juez las exigencias de motivación establecidas por nuestra jurisprudencia (STS núm. 635/2012, 17 de julio ).

Sin embargo, la normativa legal reguladora de las intervenciones telefónicas es parca y carece de la calidad y precisión necesarias, por lo que debe complementarse por la doctrina jurisprudencial. Las insuficiencias de nuestro marco legal han sido puestas de manifiesto tanto por esta misma Sala, como por el TC ( SSTC núm. 26/2006, de 30 de enero , 184/2003, de 23 de octubre , 49/1999, de 5 de abril) y el TEDH ( SSTEDH de 18 de



febrero de 2003, Prado Bugallo contra España y de 30 de julio de 1998, Valenzuela Contreras contra España). La LECrim dedica a esta materia el art. 579, en el Título VIII del Libro II, y las nuevas normas legales sectoriales no complementan adecuadamente sus insuficiencias, **que requieren imperativamente y sin más demoras una regulación completamente renovada, en una nueva Ley procesal penal que supere la obsolescencia de nuestra legislación decimonónica**.

Deben tomarse en consideración en los supuestos procedentes, la LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Y en el ámbito de la Unión Europea, las Directivas 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico y 2002/58/CE, sobre comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE.

En cualquier caso, para la validez constitucional de la medida de intervención telefónica es necesario que concurren los siguientes elementos: a) resolución judicial, b) suficientemente motivada, c) dictada por Juez competente, d) en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, e) con una finalidad específica que justifique su excepcionalidad, temporalidad y proporcionalidad, y f) judicialmente controlada en su desarrollo y práctica.

Elementos que constituyen los presupuestos legales y materiales de la resolución judicial habilitante de una injerencia en los derechos fundamentales, y que también se concretan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Klass y otros, sentencia de 6 de septiembre de 1978; caso Schenk, sentencia de 12 de julio de 1988; casos Kruslin y Huvig, sentencias ambas de 24 de abril de 1990; caso Ludwig, sentencia de 15 de junio de 1992; caso Halford, sentencia de 25 de junio de 1997; caso Kopp, sentencia de 25 de marzo de 1998; caso Valenzuela Contreras, sentencia de 30 de julio de 1998; caso Lambert, sentencia de 24 de agosto de 1998; caso Prado Bugallo, sentencia de 18 de febrero de 2003, etc).

En relación con el requisito de la motivación es doctrina reiterada de esta Sala y del Tribunal Constitucional que constituye una exigencia inexcusable por la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención (STC 253/2006, de 11 de septiembre), pero también que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la intervención telefónica no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada (Sentencias Sala Segunda Tribunal Supremo núm. 1240/98, de 27 de noviembre, núm. 1018/1999, de 30 de septiembre, núm. 1060/2003, de 21 de julio, núm. 248/2012, de 12 de abril y núm. 492/2012, de 14 de junio, entre otras), por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios.

Es por ello por lo que tanto el Tribunal Constitucional como esta misma Sala (SSTC 123/1997, de 1 de julio, 165/2005, de 20 de junio, 261/2005, de 24 de octubre, 26/2006, de 30 de enero, 146/2006, de 8 de mayo y 72/2010, de 18 de octubre, entre otras, y SSTC de 6 de mayo de 1997, 14 de abril y 27 de noviembre de 1998, 19 de mayo del 2000, 11 de mayo de 2001, 3 de febrero y 16 de diciembre de 2004, 13 y 20 de junio de 2006, 9 de abril de 2007, 248/2012, de 12 de abril y 492/2012, de 14 de junio, entre otras) han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en el informe o dictamen del Ministerio Fiscal, cuando se ha solicitado y emitido (STS 248/2012, de 12 de abril).

La motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pues la autorización judicial debería ser autosuficiente (STS núm. 636/2012, de 13 de julio). Pero la doctrina constitucional admite que la resolución judicial pueda considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención (STS núm. 248/2012, de 12 de abril), contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (doctrina jurisprudencial ya citada, por todas STC 72/2010, de 18 de octubre). Resultando en ocasiones redundante que el Juzgado se dedique a copiar y reproducir literalmente la totalidad de lo narrado extensamente en el oficio o dictamen policial que obra unido a las mismas actuaciones, siendo más coherente que extraiga del mismo los indicios especialmente relevantes (STS núm. 722/2012, de 2 de octubre).

En la motivación de los autos de intervención de comunicaciones deben ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición o, incluso, de la convicción de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues de reputar suficiente tal forma de proceder, resultaría que la invasión de la esfera de intimidad protegida por un derecho fundamental vendría a depender, en la práctica, exclusivamente de la voluntad del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es admisible en un sistema de derechos y libertades efectivos, amparados en un razonable



control sobre el ejercicio de los poderes públicos ( Sentencias de esta Sala 1363/2011, de 15 de diciembre y núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Los indicios que deben servir de base a una intervención telefónica han de ser entendidos, pues, no como la misma constatación o expresión de la sospecha, sino como datos objetivos, que por su naturaleza han de ser susceptibles de verificación posterior, que permitan concebir sospechas que puedan considerarse razonablemente fundadas acerca de la existencia misma del hecho que se pretende investigar, y de la relación que tiene con él la persona que va a resultar directamente afectada por la medida ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Han de ser objetivos "en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona " ( STC 184/2003, de 23 de octubre ).

Y su contenido ha de ser de tal naturaleza que " permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido una infracción grave o en buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse" ( Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso Klass , y de 15 de junio de 1992, caso Ludí ) o, en los términos en los que se expresa el actual art. 579 LECrim , en « indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» ( art. 579.1 LECrim ) o «indicios de responsabilidad criminal» ( art. 579.3 LECrim )" ( STC 167/2002, de 18 de septiembre ).

En definitiva, **el control posterior sobre la decisión que acordó la medida debe revelar que el Juez tenía a su alcance datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso así como acerca de la utilidad de la intervención telefónica, de forma que quede de manifiesto que aquella era necesaria y que estaba justificada ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).**

Ahora bien, la constatación de que el Juez tenía a su alcance **datos objetivos acerca de la existencia del delito y de la participación del sospechoso** , no debe ir más allá, y **no implica sustituir el criterio, la racionalidad y las normas de experiencia aplicados por el Instructor por el criterio de los recurrentes, y tampoco por el de esta Sala, que debe ser muy respetuosa con una facultad que el Constituyente (art 18 2º) otorgó al Magistrado competente**, es decir al Instructor en casos como el presente de investigaciones criminales ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Una competencia que éste debe ejercer aplicando sus normas de experiencia en la valoración de los indicios concurrentes para ponderar razonablemente las garantías de los derechos fundamentales con las exigencias de seguridad y libertad de la sociedad y de los ciudadanos, frente a los hechos delictivos graves y la criminalidad organizada transnacional, que en un Estado social y democrático de Derecho imponen la utilización garantista, pero también eficiente, de determinadas técnicas de investigación y prueba como es la intervención de comunicaciones.

En este sentido es necesario hacer referencia a la STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 . En ella se expresa que las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE , y que dichas exigencias deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los **elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad** y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción.

La resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: 1º) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y 2º) los indicios de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento.

*"La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis*



subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" STC 197/2009, de 28 de septiembre de 2009 .

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención de una línea telefónica se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de la comisión del delito o de quienes con ella se relacionaban, **y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva** , pues **el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación** , ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Sobre esa base, **el Tribunal Constitucional ha considerado insuficiente la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado por muy provisional que éste pueda ser**, afirmando también que la concreción del delito que se investiga, las personas a investigar, los teléfonos a intervenir y el plazo de intervención no pueden suplir la carencia fundamental de la expresión de los elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de soporte a la investigación, ni la falta de esos indispensables datos pueda ser justificada a posteriori por el éxito de la investigación misma.

También ha destacado el Tribunal que *"la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que **el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa**"*.

Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución.

Y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, la jurisprudencia constitucional admite, como ya hemos expresado anteriormente, la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada sí, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad.

De esta doctrina puede deducirse que la resolución judicial debe contener, bien en su propio texto o en la solicitud policial a la que se remita ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ):

- A) Con carácter genérico los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad.
- B) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave, que deben ser accesibles a terceros.
- C) Los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados, que no pueden consistir exclusivamente en valoraciones acerca de la persona.
- D) Los datos concretos de la actuación delictiva que permitan descartar que se trata de una investigación meramente prospectiva.
- E) La fuente de conocimiento del presunto delito, siendo insuficiente la mera afirmación de que la propia policía solicitante ha realizado una investigación previa, sin especificar mínimamente cual ha sido su contenido, ni cuál ha sido su resultado.
- F) El número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución ( STS núm. 635/2012, de 17 de julio ).

Tomando en consideración estos criterios, emanados de la doctrina constitucional anteriormente referenciada, y reiterando la doctrina ya expresada en la STS núm. 635/2012, de 17 de julio , **ha de concluirse que el principio esencial del que parte la doctrina constitucional es que la resolución judicial debe explicitar los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, pero obviamente la atribución constitucional de esta competencia a un órgano jurisdiccional implica un ámbito de valoración que no es meramente burocrático o mecanicista, sino de adaptación en cada caso del referido principio a las circunstancias concurrentes por parte del Juez a quien constitucionalmente se asigna la competencia.**

**En consecuencia, respetándose por el Instructor los referidos principios básicos, no corresponde a esta Sala, ni a ningún otro órgano constitucional, determinar los indicios concretos que pueden o no servir de**



**fundamento para acordar la intervención, ni pronunciarse sobre la respectiva valoración de cada uno de ellos, ni, como ya se ha expresado, sustituir los criterios valorativos del Instructor por otros diferentes, a partir de la distancia y de una experiencia diferenciada.**

Por otra parte, el hecho de que el Tribunal Constitucional indique, como es lógico y natural, que no es suficiente que el propio servicio policial que interesa la intervención fundamente su solicitud en la mera afirmación de la existencia de una investigación previa, sin especificar en qué consiste, ni cuál ha sido su resultado, **porque es necesario que la policía actuante indique una fuente de conocimiento cuya fiabilidad el Instructor pueda valorar racionalmente**, no implica que ello exija en cualquier caso la presentación detallada al Instructor de la indagación en su integridad, identificando la absoluta totalidad de las diligencias practicadas y relacionando minuciosamente las fuentes utilizadas a lo largo de toda la investigación, pues dicha exigencia ni ha sido establecida en estos términos por el Tribunal Constitucional, ni es necesaria cuando el Instructor dispone de datos objetivos suficientes, ni es posible en todos los casos, por ejemplo en operaciones internacionales en las que han intervenido fuerzas policiales de otros países que en su mecánica operacional habitual no acostumbran ni pueden ser obligadas a informar minuciosamente sobre sus fuentes ni a relatar detalladamente su mecánica operacional.

En definitiva, lo esencial y lo que excluye la vulneración constitucional, es que la intervención sea acordada judicialmente en una resolución que **explícite los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior.**

- En cuanto a las prórrogas y nuevas intervenciones telefónicas acordadas a partir de datos obtenidos en una primera intervención, las exigencias de motivación anteriormente expuestas han de observarse también en la resolución acordada, con carácter previo a acordar su prórroga y explicitar las razones que legitiman la continuidad de la restricción del derecho, aunque sea para poner de relieve que persisten las razones anteriores, ( SSTC 49/1999, de 5 de abril ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 202/2001, de 15 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ).

Ha de tenerse en cuenta que la ilegitimidad constitucional de la primera intervención afecta a las prórrogas y a las posteriores intervenciones ordenadas sobre la base de los datos obtenidos en la primera. Ciertamente el resultado de la intervención telefónica precedente puede proporcionar datos objetivos indiciarios de la existencia de un delito grave, pero la ilegitimidad constitucional de la primera intervención contamina irremediabilmente las ulteriores de ella derivadas ( SSTC. 171/99 de 27.9 , 299/2000 de 11.12 , 184/2003 de 23.10 , 165/2005 de 20.6 , 253/2006 de 11.9 ).

Bien entendido -como se dice en la STS. 645/2010 de 14.5 - que la intervención de un nuevo teléfono del mismo titular o la prórroga temporal de una intervención telefónica que inicialmente ha sido autorizada por concurrir motivos justificados, solo tiene de específico la prolongación en el tiempo de esa intervención ya ordenada legítimamente, lo que es necesario entonces justificar y lo que se exige en tal caso motivar en la nueva resolución decisoria no se extiende a lo que se justificó, ponderó y valoró en el Auto originario habilitante, sino la ampliación temporal de lo mismo más allá del periodo inicialmente concedido cuando lo que apoya la nueva intervención o prórroga no es propiamente un cúmulo de indicios nuevos o diferentes de los que fueron expresados y valorados en la intervención, sino estrictamente la subsistencia de aquéllos, es decir el mantenimiento, la mera vigencia en el tiempo de la misma necesidad. Si la una y otra en cuanto tales ya se sometieron al control judicial no es preciso ponderar de forma redundante lo ya ponderado antes, y será únicamente objeto del control la justificación de la prórroga en lo que supone de concesión de un nuevo período temporal para una intervención ya justificada STS. 1008/2013 de 8.1.2014 ).

**SEGUNDO:** En el caso concreto la cuestión de la nulidad del auto de 24.9.2012, fue resuelta por auto de la Magistrada- Presidente del Jurado de 13.4.2015 y STS.J. Castilla y León de 5.11.2015 , con argumentos que deben ser asumidos en su totalidad, Indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica como señalan STS. 26.6.2000 , 3.4 y 11.5.2001 , 17.6 y 27.10.2002 .

En este caso y en relación al **primero de los Autos acordando la intervención telefónica** ( Auto de 14 de septiembre de 2012) a diferencia de otros en los que se están investigando hechos que se están llevando a cabo como en el caso de los delitos contra la salud pública, a la horade adoptar la medida de intervención telefónica cuya nulidad se interesa la Magistrada Juez de Instrucción contaba con elementos suficientemente acreditativos de la concurrencia le un delito, de los incluidos en el Título I, del Libro II del Código Penal, la Diligencias de fecha 13 de septiembre de 2012, el acta de levantamiento de cadáver efectuada a las 15.45 horas de ese mismo día en la que se ponían de manifiesto la naturaleza violenta del fallecimiento de D. Cosme .

A partir de la aparición del cadáver y de los indicios de que la muerte se había .aducido de forma violenta, la Guardia Civil inicia la correspondiente investigación con la finalidad de obtener los datos necesarios para esclarecer las circunstancias de los hechos y de las personas que en ellos pudieran haber intervenido.





Es dentro de este contexto, según se explica en el oficio solicitando las intervenciones de los teléfonos usados habitualmente por D. Jose Ignacio , a Raimunda , D. Anton y D. Pedro Miguel , que se abren dos líneas de investigación:

Una respecto a la forma de vida y las relaciones que mantenía el fallecido. Aquí parte de dos datos objetivos consistentes en la residencia en el Barrio de las Llamas nuestra ciudad, que es conocido por las actividades en relación con el tráfico y asumo de drogas que se desarrollan en él (allí acuden toxicómanos para comprar y asumir drogas) y en la condición de consumidor habitual de esas sustancias del fallecido.

Además se tienen en cuenta otros datos obtenidos en las investigaciones realizadas por la Guardia Civil, como la relación existente entre el fallecido, su hermano Leandro y Jose Ignacio , que se pone de manifiesto en la propia actitud de estos dos al acudir a la Guardia Civil para conocer el paradero de Cosme y de relación del último de ellos con Raimunda y Anton , al mantener la relación con una de sus hijas y al observar de propia mano los agentes que cuando estaba declarando recibió dos llamadas que manifestó que eran de ellos para recriminarle haber acudido a la Guardia Civil.

El mismo manifestó a los agentes que había recibido otras recriminaciones de otros vecinos de las Llamas por lo mismo. Si además esta persona, Jose Ignacio , declaró haber visto a Cosme sobre la una de la madrugada de ese día en el fumadero de las Llamas, aparece como verosímil que el autor o autores de los hechos hubieran tenido contacto con él allí. Deducir de todo ello que la muerte de Cosme pudiera tener relación con el tráfico de sustancias que se produce en el Barrio de las Llamas, con el que están relacionados también Raimunda y Anton , los que han sido detenidos en al menos dos ocasiones por hechos relativos a delitos contra la salud pública deduciéndose en aquellas investigaciones que el fallecido, su hermano y Jose Ignacio se encargarían de guardar sustancias de aquellos, aparece como una línea de investigación que no puede ser considerada más que como justificada y las interceptaciones telefónicas dentro de las finalidades constitucionales a las que hemos hecho referencia al inicio de esta resolución,

Por su parte **la interceptación de las comunicaciones en relación con teléfono de D. Pedro Miguel** , está avalada, en el momento en el e se acordó, por elementos fácticos claramente evidenciados, como son: 1) La etiqueta pegada en la bolsa que cubría la cabeza del cadáver, que era una bolsa de las e dan en el SACYL para guardar la ropa cuando se ingresa, en la que se hacen star los datos del paciente, en la que se recogía el nombre de Hipolito que es su padre. 2) su condición de toxicómano y que frecuentaba el Barrio de Llamas y el fumadero para adquirir y consumir. De estas dos circunstancias es leo deducir relación entre los hechos investigados y esa persona, que justificaría la intervención acordada.

Motivación suficiente y que satisface las exigencias constitucionales antes expuestas.

**TERCERO: En el segundo lugar denuncia vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y proscripción de indefensión del art. 24.1 CE , en conexión con el art. 120.3 CE en relación a la necesidad de la motivación de las sentencias y el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .**

El motivo tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la presunción de inocencia en casación y los requisitos de la prueba indiciaria concluye que no existen indicios racionales de criminalidad para atribuir a Carlos la autoría del supuesto delito de asesinato y por ende, que estos eran suficientes para decretar su condena.

El motivo debe ser desestimado.

1º Con carácter previo es preciso efectuar una doble reflexión sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios de competencia del Tribunal del Jurado.

Así en SSTs. 1126/2003 de 19.12 , 41/2009 de 29.1 , 168/2009 de 12.2 , 717/2009 de 17.6 , 438/2012 de 16.5 , 838/2014 de 12.12 , 40/2015 de 12.2 , 467/2015 de 20.7 , 547/2015 de 6.10 , 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 ocurre en los delitos



competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82 , 76/86 , 110/85 y 140/85 , se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de Junio y 116/2006 de 24 de Abril , vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, 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.

Al respecto, basta recordar la doctrina del Tribunal Constitucional que incluye dentro del ámbito del Recurso de Amparo la verificación de la consistencia y razonabilidad de los juicios de inferencia alcanzados en la instancia que se refieren, de ordinario, a la existencia de hechos subjetivos conectados con el dolo en el doble aspecto de prueba del conocimiento y prueba de la voluntad y todo ello en el marco de una actividad probatoria de naturaleza indiciaria.

Declara el Tribunal Constitucional – SSTC 135/2003 ó 263/2005 entre otras-- que dicho examen debe efectuarse:

- a) Desde el *canon de la lógica* o de la coherencia de la conclusión para verificar que esta no sea irrazonable, y
- b) Desde el *canon de su suficiencia* o carácter excluyente eliminando las conclusiones débiles o imprecisas en las que quepan otras muchas hipótesis.

Realmente no podría ser de otra manera porque la garantía de la interdicción de la arbitrariedad en toda decisión judicial – art. 9- 3º C.E .-- integra el núcleo reforzado de todo control jurisdiccional singularmente en el orden penal por la naturaleza de los bienes que pueden quedar afectados con la decisión judicial --singularmente la libertad individual-- lo que convierte la verificación en comprobar que la razón está en la decisión judicial y es la que le da consistencia.

Efectuadas estas previas reflexiones hay que recordar, que el ámbito del control casacional cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, exige de la Sala Casacional una triple verificación.

- a) En primer lugar, debe analizar el "*juicio sobre la prueba*", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.



b) En segundo lugar, se ha de verificar "*el juicio sobre la suficiencia*", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia y

c) En tercer lugar, debemos verificar "*el juicio sobre la motivación y su razonabilidad*", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora, no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza inculpativa para el condenado es no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum*, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e *incluso, extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de *aceptación social de la actividad judicial*.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, *en sí misma considerada*, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque *no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena*, -- SSTC 68/98, 85/99, 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002, ó de esta Sala 1171/2001, 6/2003, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1065/2009, 1333/2009, 104/2010, 259/2010 de 18 de Marzo, 557/2010 de 8 de Junio, 854/2010 de 29 de Septiembre, 1071/2010 de 3 de Noviembre, 365/2011 de 20 de Abril y 1105/2011 de 27 de Octubre, entre otras--.

*No es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro Tribunal justifica su decisión*. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la inmediatez de que dispuso, *inmediatez que no puede servir de coartada para eximirse de la obligación de motivar*.

Para concluir, y en palabras del Tribunal Constitucional --últimamente en la STC 68/2010--: "*...no le corresponde revisar (al T.C.) la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Juzgados y Tribunal ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117-3º de la C.E., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta...*".

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como *Tribunales de legitimación de la decisión adoptada* en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002, 3 de Julio de 2002, 1 de Diciembre de 2006, 685/2009 de 3 de Junio, entre otras--, y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

A lo dicho hay que tener en cuenta el recordatorio de que *el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación*, es decir contra la expresada sentencia de 5.11.2015, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar tal violación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia ante un *control de legalidad*, es decir de la corrección de la aplicación del derecho que efectuó el Tribunal de apelación ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

2º Bien entendido que a falta de prueba directa de cargo -se dice en las SSTS. 714/2014 de 12.11 y TC. 133/2011 de 18.7, la prueba indiciaria es válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia siempre que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales de la cual quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas SSTC. 1/2009 de 12.1, 108/2009 de 11.5, y 25/2011 de 14.3).

La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: **1)** el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, en segundo lugar, se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente,



que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común (por todas STC. 25/2011 de 14.3 ).

Ahora bien tiene afirmado el Tribunal Constitucional -entre otras SS. 111/2008 de 22.9 , 111/2011 de 4.7 -, que 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 el Tribunal Constitucional ha de 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" ( SSTC. 229/2003 de 28.12 , 109/2009 de 11.5 , 70/2010 de 18.109.

Bien entendido -hemos dicho en SSTC. 577/2014 de 12.7 , 732/2013 de 16.10 , y 700/2009 de 18.6 - que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal *a quo*, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

3º Y en cuanto a la necesidad de motivación, como hemos recordado en SSTC. 331/2015 de 3.6, y 467/2015 de 20.7 , 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.

Como se recordaba en la STS nº 694/2014, de 20 de 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.

**CUARTO:** En el caso analizado, el Jurado como elementos de convicción estableció testimonio de Indalecio, testimonio de María , escuchas telefónicas y pruebas periciales y Policía científica.

En este sentido la STS. 40/2015 de 12.2 , precisa que no resulta ocioso recordar las palabras de la STS. 1466/2005 de 28.1 , en relación a "...que el sistema de implantación del Jurado debe descansar en la confianza en el mismo, de modo que no puede por la vía de la defectuosa motivación, anularse indiscriminadamente juicios celebrados por los cauces de la LOTJ, por lo que no basta simplemente con no compartir su criterio,



aunque se juzgue desacertado, del colegio popular sobre la valoración de los elementos de prueba que tuvo en consideración, sino que se ha de detectar un auténtico vacío motivador del veredicto, cuya sucinta explicación debe intentar comprenderse por encima de las rituales formas en que pueda ésta expresarse por los integrantes del Jurado, al levantar el correspondiente acta.

En este punto la STS. 300/2012 de 3.5 , recuerda que "...el Tribunal de apelación solamente puede revisar aquellos juicios de inferencia que, **en su vertiente jurídica** , sean manifiestamente carentes de lógica y racionalidad. Cuando esta revisión pueda perjudicar al reo, ha de realizarse partiendo exclusivamente de los datos objetivos obrantes en el propio relato fáctico, manteniendo inmutables estos hechos, y sin apoyar la revisión en ninguna otra prueba, pues la valoración conjunta de la prueba compete exclusivamente al Jurado.

Y en cualquier caso el Tribunal de apelación 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 presente la sentencia recurrida -esto es la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León- examina, fundamentos jurídicos noveno a decimocuarto, las pruebas valoradas por los Jurados y la Magistrada-Presidente para deducir que quienes llevaron a la víctima -que luego apareció muerta en un embalse cercano- y volvieron al rato sin ella en un vehículo manchada con su sangre, fueron los mismos que le causaron la muerte: los acusados Carlos y Celso .

Así analiza la validez de las intervenciones telefónicas (FJ. Octavo), las periciales practicadas en relación al hecho de la agresión y muerte: hallazgo de restos de sangre de la víctima en el vehículo utilizado y en las huellas de la orilla del embalse donde apareció su cadáver, así como de huellas en dicho lugar de neumáticos coincidentes con las del citado vehículo, lo que permite declarar probado que la víctima fue transportada en éste, sangrando y arrojándole al agua (FJ. Décimo), la testifical de Pedro Miguel , propietario del vehículo, que en su declaración sumarial relató como prestó el vehículo al ahora recurrente, permaneciendo en el establecimiento donde le hizo entrega de las llaves, hasta que aquel se las devolvió (FJ. Undécimo); la testifical de María explicando cómo los acusados le pidieron desde un coche, que llamara a la víctima para que fuera con ellos, cosa que ella hizo, yéndose los tres en el vehículo (FJ. Decimosegundo); y por último el valor de los testigos de descargo presentados por la defensa tendentes a acreditar que el recurrente estaba en otro lugar cuando se produjo la muerte de la víctima, que no han merecido crédito por parte del Jurado, postura que la sentencia recurrida considera que no puede ser tachada de contraria a la presunción de inocencia, toda vez que entre testimonios válidos y contradictorios, pueden los Juzgadores optar por unos frente a otros (FJ. Decimotercero).

Siendo así no hay pues vacío probatorio sobre la autoría del recurrente, ni la valoración de la prueba que realiza el Tribunal del Jurado, asumida en la sentencia recurrida, puede calificarse de arbitraria, solo hay una versión diferente propugnada por el recurrente, pero no más razonable que la creída por el Jurado.

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, 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 de los hoy recurrentes quienes en su argumentación critican la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, 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 este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio 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 incriminatorias 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".

**QUINTO:** Por último en **tercer lugar denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías produciendo indefensión del art. 24.2 CE**, dado que el recurrente se limita a la cita de la doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos que debe cumplir la presunción de inocencia y a las prevenciones o cautelas garantizadoras de la veracidad de la declaración de la víctima, que en el caso que analizamos resulta evidente que no se han producido, el motivo deviene infundado.

**SEXTO: El motivo segundo por infracción de Ley y doctrina legal al amparo del art. 849.1 LECrim .**

1º Insiste en que la implicación en los hechos del recurrente no ha resultado acreditada, al basarse en autoría en la prueba pericial sobre restos de sangre y huellas de neumáticos y en la declaración de Hipolito , para a continuación denunciar **la vulneración de los preceptos penales de carácter sustantivo y criterios jurisprudenciales que deben observarse en la aplicación de la Ley penal, tanto en lo referido a la calificación de los hechos como a la imputación de la autoría del recurrente**, analizando la circunstancias de ensañamiento como agravante y no compartiendo el criterio de la Sala de que, sin concurrir tal agravante, imponga una pena de dieciocho años de prisión, cuando la Ley prevé la posibilidad de que pueda condenarse a quince años, para a continuación volver a cuestionar la existencia de pruebas de cargo, analizando la segunda pericial sobre el estudio del coche en que se transportó el cadáver, las periciales sobre la arena encontrada en la boca del cadáver de la víctima y huellas de zapatilla en la arena del embalse, los requisitos de la prueba pericial, que no concurren en el caso, la valoración de las testificales practicadas en el juicio oral de Pedro Miguel y María .

Con carácter previo, dada la vía casacional alegada, habría que recordar la doctrina de esta Sala contenida entre otras, en SSTs. 384/2014 de 14.5 , 23/2015 de 4.2 , 114/2015 de 12.3 , y 286/2016 de 7.4 , que establece los requisitos, de este motivo casacional basado en el art. 849.1 LECrim .

1).- Respeto a los hechos probados. La casación por este motivo es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado ( STS 2-4-92 ) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". ( STS 18-12-92 ). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " ( STS 3-2-92 ). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya



establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Partiendo de estas premisas el motivo debe ser desestimado.

En efecto las cuestiones relativas a la ausencia de pruebas de cargo, alcance presunción de inocencia, valoración testificales no son propias de esta vía casacional y ya han merecido respuesta en el motivo precedente.

2º Y en cuanto a la falta de motivación de la pena impuesta, 18 años, descartada la concurrencia de la agravante específica del art. 139.3 CP , ciertamente como la jurisprudencia tiene establecido - SSTS. 93/2012, de 16-2 , 540/2010 de 8.6 , 383/2010 de 5.5 , 84/2010 de 18.2 , 665/2009 de 24.6 , y 620/2008 de 9.10 , el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia *exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer a la persona concernida* . En tal sentido basta citar la doctrina constitucional en esta materia concretada en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de Enero .

"...Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E ., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E . – conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional– resulta reforzado en *el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personas* (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo ; 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003 de 10 de Febrero ; 170/2004, de 18 de Octubre ; 76/2007, de 16 de Abril ).

Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril )."

"...El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sin que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión...."

Reiteradamente ha señalado esta Sala -por todas STS. 809/2008 de 26.11 - que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresadas en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. *El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización , y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico- constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.*

Es cierto que en ocasiones también ha recordado esta Sala (STS. 27.9.2006 ), que el Tribunal Constitucional interpretando los arts. 24 y 120 CE . Ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión no deja tampoco de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional ( SSTC, 5/87 , 152/87 y 174/87 ), no exigiéndose que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado, pero también lo es que esta Sala ha dicho, SSTS. 976/2007 de 22.11 , 349/2008 de 5.6 , que la sentencia impugnada no individualiza





la pena impuesta en los términos que exige el art. 120 de la Constitución y 66 y 72 del Código Penal , *cuando el Tribunal tan sólo alude a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta* . Y, en otras ocasiones, se ha precisado ( STS de 18-6-2007, nº 599/2007 ), que aún habiéndose hecho genéricamente referencia a la gravedad del hecho, sin embargo, debió justificarse su individualización en cuanto no se impuso la mínima legal.

En este sentido, el art. 66, regla primera, del Código Penal , disponía que: *«cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia»*. Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta , y si bien es cierto que desaparece el aserto: *«razonándolo en la sentencia»*, no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal , modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta *las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho* . En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado , así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

*La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito* . Se refiere la Ley a *aquellas circunstancias fácticas* que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho *ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto* (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

*En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.*

*En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.*

*En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento* (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim . para la infracción de Ley.

*Ante una ausencia de motivación de la individualización de la pena, caben tres posibles remedios, como recuerda, entre otras, la STS. 13.3.2002 :*

*a) Devolver la sentencia al órgano jurisdiccional de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado;*



b) *Subsanar el defecto en el supuesto de que el órgano jurisdiccional de apelación le facilite la sentencia de instancia los elementos necesarios para motivar la individualización de la pena, bien en la misma extensión fijada por el de instancia, bien en otra que el de apelación considere adecuada;*

c) *Imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión.*

*La primera opción, que implica la nulidad parcial de la sentencia, tiene como limitación lo dispuesto en el art. 240.2 párrafo 21 LOPJ . en su redacción dada por la LO. 19/2003 de 23.12 ("en ningún caso podrá el Juez o Tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal"). La segunda opción es posible, cuando los elementos contenidos en la propia sentencia permitan al juzgador de apelación (o casación) hacer las valoraciones necesarias para la fijación concreta de la pena en cumplimiento de las reglas de los distintos apartados del art. 66 CP . y demás aplicables a la penalidad del hecho delictivo enjuiciado . En cuanto a la tercera, procede únicamente y de forma excepcional cuando se haya intentado infructuosamente la subsanación en la omisión o ésta ya no sea posible y, además, de la sentencia no resulten elementos que permitan al juzgador ad quem la individualización de la pena.*

3º En el caso analizado la sentencia del TSJ. (fundamento derecho 25) tras considerar a Carlos y Celso culpables del delito de asesinato, sin la agravante de ensañamiento, motiva la pena a imponer acudiendo a "un razonable criterio de proporcionalidad ha de llevarnos a reducir en alguna medida sus respectivas penas de prisión impuestas en consideración a la circunstancia que ahora se suprime y que, aun habiendo determinado la imposición de aquellas en su límite mínimo, lo que impone que ahora podrían mantenerse, conforme al art. 66 del CP , en su regla 6ª, los veinte años menos un día prevenidos por el art. 139 del mismo como límite máximo, a tenor de la nueva calificación, se estima más justo y adecuada fijarlas en dieciocho.

Motivación suficiente que denota que los jueces no han obrado de forma capciosa y arbitraria al imponer la pena y que en todo caso se considera proporcionada a la gravedad de los hechos y males causados a la víctima que si bien, por las razones expuestas en la propia sentencia en orden a que éste pudo quedar inconsciente en los primeros golpes con la consecuencia de no estimar concurrente la agravante específica de ensañamiento, si denota una energía criminal y un denodado propósito de acabar con su vida que justificaría aquella exasperación punitiva.

RECURSO INTERPUESTO POR Celso

**SEPTIMO: El primer motivo al amparo del art. 851.1 LECrim , por quebrantamiento de forma por consignar como hechos probados conceptos jurídicos que implican predeterminación del fallo** al recogerse en los hechos probados de la sentencia de instancia -hecho probado 6º- que "Cuando se produjo la agresión a Cosme ... este se encontraba en unas circunstancias (por tratarse de un ataque por sorpresa, por estar afectado por la ingesta de drogas o por otras circunstancias) que le imposibilitaban o dificultaban su defensa". Y se añade igualmente "se aumentó de forma deliberada e innecesaria el sufrimiento de la víctima". Expresiones estas, que según el motivo, implican predeterminación del fallo al llevar en sí mismas, implícita o explícita la definición de las agravantes de alevosía y ensañamiento.

El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

1º En primer lugar si la parte entendía que tales expresiones, que se incluían en las proposiciones 1 y 2 del apartado II del objeto del veredicto, predeterminaban el fallo, pudo, en el trámite del art. 53.1 LOTS, pedir su exclusión y formular protesta en su caso. En efecto no podemos olvidar, se dice en las SSTS. 487/2008 de 17.7, 454/2014 de 10.6 que dada la trascendencia del trámite que señala el objeto del veredicto, el Legislador no ha excluido a las partes, muy al contrario, les ha otorgado una importante intervención, haciéndoles igualmente responsables de su contenido, en cuanto tiene conferido el derecho a participar en su redacción definitiva mediante la oportuna audiencia. Así se plasma en el art. 53.1 LOTJ . pudiendo las partes solicitar las inclusiones y exclusiones que estimen pertinentes y pudiendo formular protesta respecto a las peticiones que les fueran rechazadas. Es decir, que las partes asumen junto con el Magistrado Presidente ante el Jurado, una función de colaboración para incluir en el objeto del veredicto todos los elementos que pueden influir en la decisión que ha de tomar el Jurado al declarar los hechos probados de dicho veredicto. Esta función se debe cumplir, como ya se ha indicado, pidiendo inclusiones y exclusiones en el objeto del veredicto, lo que supone que también pueden pedir aclaraciones en la redacción para evitar contradicciones. Por ello parece evidente que las partes no pueden guardar silencio cuando adviertan que en el objeto del veredicto se incurre en algún defecto, para luego dictada la sentencia y advertido el tenor de la misma pretender la nulidad de lo actuado con repetición del juicio oral. La doctrina más autorizada considera que la Ley, con muy buen criterio, parte de que los defectos que pueden subsanarse en la instancia deben quedar subsanados en la misma y de que no puede resultar favorecido por la nulidad, bien quien contribuyó a ella, bien quien pudo evitarla y no lo hizo. La exigencia de



protesta previa no es un mero requisito de forma del que pueda decirse que cabe incurrir en formalismo, si se exige su aplicación con rigor técnico, es un requisito que hace al correcto desarrollo del proceso, pretendiendo evitar declaraciones de nulidad que hacen desmerecer en el concepto público la sentencia.

Por tanto -dice la STS. 14.10.2002 - no habiéndose rechazado petición alguna de modificación del objeto del veredicto ninguna indefensión pudo ocasionársele a una redacción del objeto del veredicto a la que por la extemporánea vía del recurso de apelación pretende.

Por tanto de conformidad con la doctrina precedente no es admisible que quien no ha efectuado tacha alguna a la redacción propuesta de un hecho concreto del objeto del veredicto, luego conocida la sentencia, la tacha de causante de nulidad por la indefensión que la produce ( STS. 196/2007 de 9.3 ).

2º En segundo lugar no consta que el quebrantamiento de forma ahora suscitado, se planteara como motivo del previo recurso de apelación, al amparo del art. 846 bis c)a, olvidando que el ámbito de casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes, pero no alcanza a cuestiones nuevas que pudiendo haberse planteado en la instancia - en este caso en la apelación previa- afloran en este trámite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia del Tribunal Superior. Se trataría, por tanto, de una cuestión nueva "per saltum" planteada por primera vez en sede casacional, y como tal inadmisibile. En este sentido las SSTs. 41/2009 de 20.1 y 438/2012 de 16.5, dicen que "al ser la sentencia objeto del recurso de casación, precisamente la dictada en apelación, 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.

3º Y en último lugar -y en todo caso- El motivo por quebrantamiento de forma por consignarse en los hechos probados conceptos jurídicos que predeterminan el fallo exige para su estimación, según reiterada doctrina jurisprudencial ( SSTs. 23.10.2001 , 14.6.2002 , 28.5.2003 , 18.6.2004 , 11.1.2005 , 11.12.2006 , 26.3.2007 , 2.10.2007 y 28.11.2007 ).

- a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;
- b) que tales expresiones sean tan sólo asequibles por regla general para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común;
- c) que tengan valor causal respecto al fallo, y
- d) que suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna.

El vicio sentencial denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4 -, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos. No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo. Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el juicio histórico y el juicio jurídico, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio ( STS. 28.5.2002 ). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados



es lógicamente predeterminante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio formal (SSTS. 429/2003 de 21.3, 249/204 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determine la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

En este sentido la jurisprudencia no ha considerado expresiones predeterminantes del fallo. "lo repartió, sustrayéndolo ambos de un legítimo propietario...acordó proceder a la venta...para repartirse el precio sin integrar cantidad alguna del propietario (STS 16- 7-2009), "hizo suyo el dinero percibido" ( STS 3-7-2007 ); "mutuo acuerdo", o "beneficio económico" ( STS 9-5-2002 ), "abrumado por la idea de obtener un beneficio ilícito" ( STS 17-11-2001 ): "incremento patrimonial no justificado" ( STS 30-10-2001 ) "valiéndose de esta situación y de la confianza que habían depositado los clientes a su persona" ( STS 23-9-2009 ); "grupo organizado y dirigente" ( STS 1-7-2010 ); " utilizando un tono verbal atemorizante", 4-7-2011 ) " imitando la firma del perjudicado (S 4-5-2011 ), "asumo de matarlos (STS 23-10-200); "con conocimiento del origen ilícito e irregularidad vehículos) ( STS 17-7-2000 ).

Así en STS 900/2009, de 23-9 igualmente es frecuente como recuerdan las SSTS. 253/2007 de 26.3, 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7, que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener ( art. 120.3 CE ) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

En el caso presente la mención a si "aumentó de forma deliberada e innecesaria el sufrimiento de la víctima", resulta superflua al excluir la sentencia de apelación la agravante específica de ensañamiento.

Y en cuanto a la inclusión de que la víctima "se encontraba en circunstancias que le imposibilitaban en defenderse", aunque guarde similitud con las articuladas por el legislador para definir la alevosía, no contiene termino jurídico alguno, y son expresiones de uso corriente, habitual y de fácil comprensión para la generalidad de las personas, y no producen confusión entre el juicio histórico y el jurídico.

**OCTAVO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim, por existir error en la valoración de la prueba, al darse el carácter de prueba testifical a unos documentos cuyo contenido carecían del valor que se le otorga.**

El motivo se arbitra en relación directa con la declaración de la testigo protegida María, al carecer la misma de los requisitos legales de legalidad, de acuerdo con los arts. 718, 719 y 714 LECrim, y 46 Ley Jurado, a la vista del art. 6.3 d) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y art. 14.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para la interpretación del art. 24 CE, al faltar en aquella declaración los requisitos de oralidad, intermediación y contradicción.

El motivo deviene inadmisibile.



Debemos recordar que por la vía del 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 por 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 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 de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, por ejemplo SS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10 , viene exigiendo para su prosperabilidad 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 de 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 el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim .;
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea 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 argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.



Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos.

Siendo así es también doctrina reiterada la que niega el concepto de "documento a efectos casacionales a las declaraciones de testigos y acusados, en cuanto aun documentadas son pruebas personales valoradas como tal por el Tribunal de instancia conforme las previsiones del art. 741 LECrim .

**NOVENO:** No obstante como la validez de tales declaraciones se plantea también en **el motivo tercero bis por vulneración del principio de presunción de inocencia**, debemos analizar tal cuestión.

En este sentido en SSTs. 40/2015 de 12.2 , 1033/2009 de 30.9 , nos recuerdan que el Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional más, incluido dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de las peculiaridades de cada tipo de procedimiento, los principios, las reglas y los criterios que se tienen en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse substancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Concretamente, la presunción de inocencia, que asiste a toda persona a la que se acusa de un hecho punible, como dijimos antes, implica que debe ser considerada inocente mientras no se demuestre su culpabilidad y exige que la acusación presente pruebas válidas que acrediten suficientemente la existencia del hecho delictivo y la participación del acusado en el mismo. Esta exigencia queda sujeta a unas reglas que no varían básicamente de una clase de proceso a otra, pues no resultaría congruente con la esencia del derecho fundamental que la enervación de aquella presunción pudiera producirse por unas determinadas pruebas practicadas en una clase de enjuiciamiento ante una determinada clase de Tribunal y que esas mismas pruebas no fueran suficientes para producir tal efecto si fueran presentadas ante otro Tribunal de composición diferente. Como se ha dicho gráficamente en alguna ocasión ( STS núm. 1240/2000, de 11 de setiembre ), "no resulta admisible sostener que una prueba de cargo pueda ser válida para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia en un delito de homicidio frustrado y no en otro de homicidio consumado, o en un secuestro o una violación y no en un delito de amenazas o de allanamiento de morada, en función de la composición del Tribunal competente para el enjuiciamiento".

Las reglas generales en las materias aceptadas de forma consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por esta misma Sala, pueden sintetizarse de la forma siguiente.

En primer lugar, puede establecerse con carácter general que las pruebas que son hábiles para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral, pues el Tribunal encargado del enjuiciamiento debe formar su convicción en contacto directo con el material probatorio aportado por la acusación, a quien le corresponde la iniciativa probatoria. Así resulta del artículo 741 de la LECrim , que se refiere a las pruebas practicadas en el juicio. Las diligencias practicadas en la fase de instrucción constituyen, por tanto, meras actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos, orientadas de un lado a su esclarecimiento objetivo y subjetivo, y, de otro, a descubrir los medios de prueba de los que las partes pueden disponer en el caso de que se alcance la fase de juicio oral. Ha señalado esta Sala en la STS núm. 1357/2002, de 15 de julio , que:

"la presunción de inocencia, por otra parte, implica que la carga de la prueba recae, en principio, sobre las partes acusadoras, que la convicción del Juez o Tribunal -a los que corresponde valorar en conciencia las pruebas practicadas ( art. 117.3 CE y art. 741 LECrim )- ha de obtenerse mediante las pruebas practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, salvo los supuestos de la prueba anticipada o preconstituida en los casos legalmente permitidos, lo que no es óbice para que también puedan tenerse en cuenta a tal fin las diligencias practicadas en la fase de instrucción cuando lo hayan sido con plena observancia de las correspondientes garantías legales y constitucionales y hayan sido introducidas en el juicio oral con posibilidades de contradicción".



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

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

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

El artículo 46.5 de la LOTJ dispone en su último párrafo que:

Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados", lo cual, en una interpretación literal supondría una excepción a lo antes señalado como reglas generales en la materia, ya que vendría a excluir de forma terminante el contenido de cualquier declaración no efectuada en el plenario. Sin embargo, el propio artículo establece que:

"las diligencias remitidas por el Juez Instructor podrán ser exhibidas a los jurados en la práctica de la prueba", y también que:

"el Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto", lo cual debe ponerse en relación con lo dispuesto en el artículo 34.3 de la propia LOTJ :

"las partes podrán pedir, en cualquier momento, los testimonios que les interesen para su ulterior utilización en el juicio oral".

De todo ello se desprende que los jurados no solo conocen lo declarado en el juicio, sino que, primero, a través del interrogatorio y, después, del testimonio incorporado al acta, también acceden a lo manifestado en la fase de instrucción, de manera que no pueden ignorar el contenido de todas las declaraciones prestadas, pudiendo valorar las primeras en relación a las efectuadas en el juicio oral, con las contradicciones que resulten entre ellas y con las explicaciones que sobre las mismas aporten sus autores. En este sentido, decíamos en la STS núm. 24/2003, de 17 de enero, con cita de la STS núm. 1825/2001, de 16 de octubre de 2001, que: "no debe asumirse sin razón o fundamento alguno que existen dos regulaciones procedimentales sobre la valoración de la prueba sumaria entre el enjuiciamiento por tribunal profesional y el derivado del tribunal del jurado, pues si han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción por el acusado, testigos o peritos, si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y los jurados disponen de la misma para constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia".

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

En definitiva el último número del art. 46 LOTJ, contiene una especialidad en cuanto a las declaraciones de los acusados, testigos y peritos. La LECrim. determina que en los casos en que los testigos presten declaración en el juicio oral que difiera de aquello que dieron en el sumario, las partes pueden pedir la lectura de esta



declaración y el Presidente invitará a los testigos a explicar las diferencias entre ambas ( art. 714 LECrim .). El art. 46.5 LOTJ . permite a las partes interrogar a los que prestan declaración sobre las contradicciones entre lo que habían manifestado en el sumario y lo que declaran ante el tribunal del jurado, pero modifica la regla transcrita del art. 714 LECrim , y únicamente permite que las partes se valgan de las anteriores declaraciones sumariales sin que puedan pedir su lectura. Por otro lado, el sumario no está a disposición del Tribunal y no cabe que pueda leerse.

Como el art. 34 LOTJ , permite a las partes que pidan los testimonios que les interesen, después del interrogatorio sobre las contradicciones que aparezcan entre las anteriores declaraciones y las que se acaban de hacer, la parte aportará el contenido de la primera declaración mediante el testimonio que obrará en su poder y que previamente han solicitado al amparo del indicado art. 34.3 LOTJ . No hay más remedio que armonizar este precepto, art. 46.5, con los arts. 34.3 y 53.3 de la propia Ley del Jurado . De la coordinada interpretación de los tres preceptos es incontestable que cuando han existido contradicciones y retractaciones entre lo dicho en el juicio oral y lo declarado en la instrucción de la causa por el acusado, testigos o peritos, si la parte que formula el interrogatorio aporta el testimonio de la declaración sumarial, ésta se incorpora al acta del juicio y los Jurados disponen de la misma para constatar, comprobar e interpretar los términos y alcance de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme a su recta conciencia ( STS. 1825/2001 de 16.10 ).

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

La prohibición de valoración de las declaraciones efectuadas en fase de instrucción contenida en el art. 46.5º in fine de la L.O.T.J . se corresponde con el criterio establecido como norma general por la doctrina constitucional y jurisprudencial sobre que la única prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia es la practicada en el acto del juicio oral, y la excepción citada sintéticamente debe ser integrada con las excepciones acogidas por la citada doctrina para el conjunto del proceso penal ( STS. 1240/2000 de 11.9 ). . La contradicción que aparentemente resulta en el nº 5 de este artículo, al impedir su lectura y permitir su incorporación por testimonio postula una interpretación según la cual son las partes las que deben interrogar sobre la veracidad de la contradicción y formarse una convicción a la luz del interrogatorio. Lo que puede ser objeto de valoración son las declaraciones en el juicio oral en tanto que la documentación va dirigida a la valoración de la prueba personal ( STS. 443/2000 de 20.9 ).

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

Debe recordarse al respecto, que ya la Memoria de la Fiscalía del T.S. del año 1883 advertía que "*...llevados a último extremo el sistema de conceder solo valor a las pruebas practicadas en juicio, las consecuencias serían funestas para la causa de la Justicia...*" .

Pues bien en el *presente caso* es claro de conformidad con la doctrina expuesta que no puede efectuarse ninguna censura o crítica ni mucho menos sostener que ha habido vulneración de las normas reguladoras del Tribunal del Jurado, por el hecho de que los jurados hayan tenido acceso a las declaraciones en sede judicial de testigos y/o inculpados en fase de instrucción. Es consolidada doctrina de esta Sala que es correcto tal





proceder y en tal sentido se pueden citar las SSTs 204/1998 ; 649/2000 ; 1357/2002 ; 1576/2005 ; 334/2011 , entre otras.

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

Tal como hemos expuesto en los antecedentes, el Tribunal Supremo apoya el valor probatorio de la declaración prestada ante el Juez de Instrucción en el art. 46.5 LOTJ . Según afirma, tal previsión permite interrogar al acusado sobre las contradicciones entre lo manifestado en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción - autorizando expresamente el procedimiento de confrontación del art. 714 LECrim -; ordena a la vez adjuntar al acta el testimonio de la declaración previa, sin darle lectura. Argumenta que dicha posición se ajusta al carácter estructural de los principios de valoración probatoria, que no pueden depender de las variaciones de cada modalidad procedimental. Añade que la literalidad del artículo 46.5 *in fine* LOTJ , al proclamar que las declaraciones de instrucción son por sí insuficientes para enervar la presunción de inocencia, no contradice este planteamiento. La única discrepancia entre el art. 46.5 LOTJ y los arts. 714.1 y 730 LECrim afectaría a la forma de introducción de la declaración sumarial. En el primer caso, tras el interrogatorio sobre las contradicciones, queda excluido proceder a su lectura, debiéndose unir los testimonios de las declaraciones rectificadas al acta del juicio que será entregada al Jurado antes de que éste pronuncie el veredicto. A ello añade que el art. 34.3 LOTJ permite a las partes "pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen para su posterior utilización en el juicio oral". Entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial que sirvan para interrogarle con el fin de que el Tribunal del Jurado conozca esa duplicidad de versiones.

La decisión de admitir el valor probatorio de las declaraciones prestadas con las debidas garantías de contradicción ante el Juez de Instrucción, introducidas luego en el juicio oral a través del interrogatorio al acusado sobre las contradicciones entre lo que "manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción" ( art. 46.5 LOTJ ) no sólo no es irracional, arbitraria o manifiestamente errónea al interpretar la legalidad, sino que es conforme con nuestra doctrina, que permite la valoración de las declaraciones sumariales, practicadas con las formalidades legales e introducidas en el plenario en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.

Hemos declarado que es acorde con la Constitución y con el derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ) "integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio ... introduciendo su contenido a través de los interrogatorios ( STC 2/2002, de 14 de enero , FJ 7). De esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral ( art. 714 LECrim ), o ante la imposibilidad material de su reproducción ( art. 730 LECrim ), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliéndose así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción ( STC 155/2002, de 22 de julio , FJ 10)" ( STC 206/2003, de 1 de diciembre , FJ 2).

La especialidad probatoria que establece el art. 46.5 LOTJ consiste en garantizar la inmediación, contradicción y publicidad de la prueba a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado en el acto del juicio oral y ante el Juez de Instrucción (STC 2/2002 , FJ 7, citada), y mediante la incorporación del testimonio de la declaración previa al acta que se entregará al jurado. Dicha excepción constituye una singularidad en la práctica de la prueba, como acertadamente afirma el Ministerio Fiscal en sus alegaciones y entienden las resoluciones impugnadas, que en modo alguno puede considerarse vulneradora del derecho invocado. De este modo el art. 714 LECrim determina que cuando "la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe"; por su parte, el apartado primero del art. 46.5 LOTJ indica -refiriéndose expresamente al acusado- que el "Ministerio Fiscal, los letrados de la acusación y los de la defensa podrán interrogar al acusado, testigos y peritos sobre las contradicciones que estimen que existen entre lo que manifiesten en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto".

La incorporación al proceso de las declaraciones del acusado que han tenido lugar en la fase de instrucción, mediante el interrogatorio en el acto del juicio oral sobre las contradicciones existentes entre lo manifestado en el juicio oral y en la fase de instrucción, uniendo el testimonio de dicha declaración al acta que se entregará al



Tribunal del Jurado ( art. 46.5 LOTJ ), también tiene plena acogida en los derechos reconocidos en los párrafos 3 d ) y 1 del art. 6 CEDH , siempre que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado ( STEDH de 20 noviembre 1989, caso *Kostovski contra Países Bajos* , ap. 41).

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

Todo ello no es extraño al singular valor probatorio que hemos atribuido a la confesión del imputado ante el Juzgado de Instrucción como prueba válida, al afirmar "la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida" ( STC 136/2006, de 8 de mayo ).

Esta validez "no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención" ( STC 86/1995, de 6 de junio , FJ 4), con el fin de no devaluar "una prueba como es la confesión, que por su propia naturaleza es independiente de cualquier otra circunstancia del proceso ya que su contenido es disponible por el acusado y depende únicamente de su voluntad" ( STC 161/1999, de 27 de septiembre , FJ 4).

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

Se mantiene con ello el equilibrio entre las distintas partes del procedimiento, ponderando adecuadamente los diversos derechos fundamentales afectados por la decisión judicial, sin dejar a la voluntad del acusado lo actuado en el sumario ( SSTC 19/1994, de 27 de enero, FJ 3 y 41/1991, de 25 de febrero , FJ 2).

A ello no obsta que en el inciso final del art. 46.5 LOTJ se indique que las "declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados"; dicho precepto no es sino reflejo de nuestra doctrina, de acuerdo con la cual "las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente ( art. 299 de la L.E.Cr .) y que, como se advierte en la citada STC 101/1985 , no constituyen en sí mismas pruebas de cargo" ( STC 137/1988, de 7 de julio , FJ 2). Dicha doctrina no ha sido óbice para que hayamos admitido la prueba preconstituida ( art. 730 LECrim ), o la valoración -a través de su lectura- de las declaraciones testificales prestadas en el sumario cuando exista contradicción con las prestadas por el testigo en el acto del juicio oral conforme al art. 714 LECrim . Este precepto, pese a referirse exclusivamente al testigo (a diferencia del tenor literal del apartado primero del art. 46.5 LOTJ que contempla también al acusado y al perito), lo hemos considerado aplicable al acusado, sin merma alguna del derecho a la presunción de inocencia (por todas, STC 82/1988, de 28 de abril , FJ 3).

Precisamente la redacción final del citado art. 46.5 *in fine* LOTJ fue en su debate parlamentario consecuencia de una enmienda transaccional, que obedeció a la voluntad de dar "valor probatorio de determinadas intervenciones en la fase sumarial" ("Diario Sesiones Congreso de los Diputados", Comisiones, núm. 418, págs. 12735-12736) y conseguir así el "equilibrio de dar validez probatoria a la que sea auténtica prueba y no mera investigación pesquisa o indicio, y lo que es el principio fundamental de la oralidad" ("Diario Sesiones Congreso de los Diputados", Comisiones, núm. 418, págs. 12735-12736).

A la vista de las anteriores consideraciones podemos concluir que el hecho de que la condena se sustentara en la valoración de la confesión del acusado prestada ante el Juez de Instrucción debidamente asistido de Letrado, introducida luego en el juicio oral a través del interrogatorio sobre las contradicciones entre lo declarado por el acusado en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado y en la fase de instrucción y corroborada por otras pruebas de cargo (testificales, documental y periciales), como señala la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no vulnera el derecho del recurrente a la presunción de inocencia.



-No obstante debe también señalarse que es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el juicio oral, pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores y de las explicaciones dadas al respecto ( SSTS. 354/2014 de 9.6 , 577/2014 de 12.7 ).

En cuanto a la falta de contradicción denunciada, como decíamos en STS. 383/2010 de 5.5 , entre las garantías que comprende el art. 24 CE para todo proceso penal destacan - señala el T.C. s. 178/2001 de 17-9- por ser principios consustanciales del mismo, los de contradicción e igualdad. "En tal sentido el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo. Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla encaminada a asegurar el éxito de la investigación y en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia".

Los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso son de particular vigencia en dos momentos de la instrucción que suelen presentarse sucesivamente, como son:

a) la proposición de diligencias de investigación y medios de prueba, que corresponden al imputado en las mismas condiciones y términos en el que pueda hacerlo las acusaciones, derecho sometido a la facultad directora del Juez de instrucción que admite y rechaza apreciando o no la pertinencia y utilidad de las propuestas.

b) En el momento de la práctica de la prueba, tanto de la propuesta por la acusación como por la propia defensa, concediendo pues, las mismas posibilidades de interrogar en forma contradictoria a los testigos e intervenir activamente en la práctica de las demás diligencias propias de la instrucción, posibilidad que no implica asistencia efectiva, salvo a determinadas diligencias y la necesidad de la notificación de aquella práctica para posibilitar esa intervención, que garantiza el cumplimiento de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

Por ello en SSTS 1238/2009, de 11-12 y 1080/2006, de 2-11 , hemos dicho que la vigencia efectiva del principio de contradicción tiene directa relación con el derecho a un proceso equitativo, o a un proceso con todas las garantías en términos del art. 24.2 CE . El debate contradictorio sobre las pruebas permite a las partes intervenir activamente en la práctica, y en lo que se refiere concretamente a la defensa le facilita la oportunidad de actuar poniendo de relieve los aspectos que a un juicio anulan, alteran o debilitan su valor probatorio, lo que contribuye a su valoración por parte del tribunal. Cuando se trata de pruebas personales, tal principio se manifiesta en el derecho a interrogar o ha de interrogar a quienes declaran en contra del acusado, derecho expresamente reconocido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas. Por lo tanto como regla, la privación del ejercicio de este derecho tiene que estar especialmente justificada. Y además, aún así habrían de reconocerse algunas consecuencias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, s. 14-12-99, caso A. M contra Italia , ha entendido que los medios de prueba deben ser presentados, en principio, ante el acusado en audiencia pública para un debate contradictorio y que aunque tal principio tiene excepciones "solo podrían ser aceptadas con la salvaguarda de los derechos de la defensa"; por regla general, los apartados 1 y 3 d, del art. 6 obligan a conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente para rebatir el testimonio presentado en su contra y haber de interrogar a su autor en el momento de la declaración o más tarde ( sentencias Van Mechelen y otros y Sindi contra Suiza de 15.6.92 ). En concreto, los derechos de la defensa están limitados por las garantías del art. 6 cuando una condena se basa únicamente o en una manera determinante, en las declaraciones de un testigo que ni en la fase de instrucción ni durante los debates el acusado ha tenido la posibilidad de interrogar o de hacer interrogar (STEDH Saidi contra Francia, 20-9- 93; Unterpedinger contra Austria, s. 24.11.86 ). Y más recientemente caso Luca s. 27.2.2001 ha declarado que: "los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni en el plenario", y la s. 29.1.2009, caso AL-Knawaja y Takery contra Recno ..... preciso que "el art. 6.3.d, es un aspecto del

derecho a un juicio justo garantizado por el art. 6.1 que, en principio, requiere que todas las pruebas deben ser producidas en presencia del acusado en una audiencia pública con el fin de contradictorio argumento" (Krasniki contra República Checa a 28.2.2006)".

El TC se ha manifestado en el mismo sentido atribuyendo al principio de contradicción el carácter de regla esencial del desarrollo del proceso ( STC 155/2002, de 22-7 ), reconociendo la necesaria vigencia del derecho del acusado a su efectividad, si bien ha precisado que "conforme a las exigencias dimanantes del art. 24.2 CE , interpretado conforme el art. 6.3.d, CEDH , el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir su testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH caso Unterpertinger c. Austria, s. 24.11.86; caso Kostovski c. Holanda s. 20.11.89; caso Windisde c. Austria, s. 27-9-90; Caso Isgro c. Italia , s. 19.2.91; caso Soci di c. Francisci , s. 20-9-93; caso Luca c. Italia s. 27-2-2001 ) ( STC 57/2002, de 11-3 ).

No obstante la jurisprudencia del TC ha realizado algunas precisiones recogidas, entre otras en STC 1/2006 . En primer lugar, se dice que no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial inculpativa "pues cumplir tal exigencia no siempre legal o materialmente es posible. Es la posterior posibilidad de contradicción en el acto del juicio oral la que la cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que conforme a las previsiones legales haya podido observarse en la fase sumarial" ( SSTC 155/2002 de 22-7 ; 206/2003, de 1.12 ).

Consecuentemente al ser posible la introducción en el juicio oral del Jurado de las declaraciones de la testigo, que se retractó en dicho momento y fue interrogado sobre aquellas y las razones de su retractación -cumpliéndose así el requisito de la contradicción- y razonándose por el Tribunal por qué concede mayor credibilidad a sus primeras declaraciones no dando crédito alguno a la explicación ofrecida por dicha testigo, no se aprecia infracción de precepto constitucional alguno.

**DECIMO: El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim , por haberse infringido preceptos sustantivos, en concreto los arts. 139, 27 y 28 CP .**

Considera que no hay prueba alguna sobre las circunstancias en que se produjo la agresión ni sobre las condiciones de defensa en que se encontraba la víctima, ni la autoría de los acusados.

El motivo se desestima.

Incide el recurrente en el error de denunciar una cuestión no planteada en la apelación, olvidando que no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación y, por lo 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 ello, el control casacional se construye, precisamente, por lo que fue objeto del recurso de apelación ( SSTS. 253/2007 , 717/2009 de 17.5 , 1249/2009 de 9.12 ).

No obstante lo anterior si se analizaría la concurrencia de la alevosía, esta Sala en relación a referida agravante, en SS. 599/2012 de 11.7 , 703/2013 de 8.10 , 834/2014 de 12.12 y 467/2015 de 20.7 ), hemos dicho que el Tribunal Supremo viene aplicándola a todos aquellos supuestos en los que por el modo de practicarse la agresión quede de manifiesto la intención del agresor de cometer el delito eliminando el riesgo que pudiera proceder de la defensa que pudiera hacer el agredido, es decir la esencia de la alevosía como circunstancia constitutiva del delito de asesinato, (art. 139.1) o como agravante ordinaria en otros delitos contra las personas (art. 22.1), radica en la inexistencia de probabilidades de defensa por parte de la persona atacada.

En cuanto a su naturaleza, aunque esta Sala unas veces ha destacado su carácter subjetivo, lo que supone mayor culpabilidad, y otras su carácter objetivo, lo que implica mayor antijuricidad, en los últimos tiempos, aun admitiendo su carácter mixto, ha destacado su aspecto predominante objetivo pero exigiendo el plus de culpabilidad, al precisar una previa escogitación de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado su modus operandi suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido y desea el agente obrar de modo consecuencia a la proyectado y representado.

En definitiva, en síntesis, puede decirse que la alevosía es una circunstancia de carácter predominantemente objetivo que incorpora un especial elemento subjetivo, que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando todo riesgo personal, de modo que el lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad ( STS 16-10-96 ) lo que conduce a su consideración como mixta ( STS 28-12-2000 ).



En cuanto a la "eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insidiosos en el propio instinto de conservación" ( STS. 13.3.2000 ).

Por ello, esta Sala arrancando de la definición legal de la alevosía, refiere invariablemente la concurrencia de los siguientes elementos ( SSTS. 155/2005 de 15.2 , 375/2005 de 22.3 ):

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, siendo necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades ( STS. 1866/2002 de 7.11 ).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes ( STS. 178/2001 de 13.2 ).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1, viene distinguiendo:

- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.
- c) alevosía de desvalimiento, que consiste en el aprovechamiento de una especial situación de desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas invalidas, o por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormidas, drogada o ebria en la fase letárgica o comatosa).

En estos casos, hay una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela con estos comportamientos un animo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivas para la sociedad este tipo de conductas en que no hay riesgo para quien delinque (fundamento objetivo).

De lo antes expuesto, se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresiva, que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señala la STS. 19.10.2001 , es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso.

En cuanto a la alevosía sobrevenida se produce cuando no se halla presente en el comienzo de la acción, pero tras una interrupción temporal se reanuda el ataque, aunque sea de distinta forma o modo, durante el que surge el aprovechamiento de la indefensión del agredido, propiciada por la intervención de terceros o también por el propio agente ( SSTS. 1115/2004 de 11.11 , 550/2008 de 18.9 , 640/2008 de 8.10 , 790/2008 de 18.11 ). Existe cuando aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento



utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada. ( SSTS. 53/2009 de 22.10 , 147/2007 de 19.2 , 640/2008 de 8.10 , 243/2004 de 24.2 ).

Siendo así en el relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía del art. 849.1 LECrim - se considera probado según el veredicto del Jurado: " *Cuando se produjo la agresión a Cosme , que finalmente le causó la muerte, este se encontraba en unas circunstancias (por tratarse de un ataque por sorpresa, por estar afectado por la ingesta de drogas o por otras circunstancias) que le imposibilitaban o dificultaban su defensa*".

De tal relato fáctico la concurrencia de la alevosía está suficientemente motivada en la sentencia del Tribunal del Jurado (fundamento jurídico segundo -calificación jurídico penal de los hechos relativos a la muerte de Cosme , 1 concurrencia de alevosía, págs. 20 y 21), destacando como del informe de autopsia emitido por los Médicos Forenses se pone de manifiesto que no existían signos o señales de defensa en el cuarto de la víctima lo que indicaba que o bien el ataque se había producido por sorpresa o bien las circunstancias en las que se encontraba la persona por el consumo de drogas le habían imposibilitado esa defensa. En ambos supuestos concurriría la alevosía.

A mayor abundamiento si como se señala en el informe de la autopsia, lo más probable es que inicialmente se produjeran la mayor parte de las lesiones contusas por un objeto duro y romo y que ello dejó a la víctima inconsciente o cuando menos incapacitado para defenderse, y en un momento posterior se produjo simultáneamente la estrangulación a mano, la compresión torácico-abdominal y la sofocación oclusión con tierra de las vías respiratorias, estando la víctima incapacitada para defenderse, concurriría, en todo caso, la alevosía sobrevenida.

**DECIMO PRIMERO: El motivo cuarto - aunque figura como tercero en el recurso- al amparo del art. 852.1 LECrim , por infracción de lo dispuesto en los arts. 10 y 24 CE , de presunción de inocencia.**

Argumenta que no existe sobre la autoría del recurrente otra prueba que meros indicios que no razonables por ser lejanos en el tiempo y en el espacio en relación a la muerte de la víctima, destaca la insuficiencia y deficiencias de la labor investigadora de la Guardia Civil y como el veredicto se apoya en las declaraciones de dos testigos que se retractaron en el plenario y reitera la alegación a la falta de concreción en el acta del Jurado al no saberse si se tuvo en cuenta la declaración de María en fase de instrucción porque tan solo habla de "testimonios" y con esa inconcreción se está vulnerando el principio in dubio pro reo. En definitiva propugna que de las pruebas practicadas en su conjunto ni de cada una de ellas en particular, ni menos aún de los que el Jurado admite como apoyo en su decisión, resulta la participación del recurrente y la concurrencia de la alevosía.

El motivo debe ser desestimado.

En cuanto a la alegación de cuál de las declaraciones de la testigo tuvo en cuenta el Tribunal del Jurado es una cuestión que se resuelve por el propio sentido del veredicto y por la valoración que de aquellas realiza el Magistrado Presidente en su sentencia, ratificada por la del Tribunal Superior de Justicia en su fundamento jurídico decimosegundo, y tal alegación ya mereció respuesta adecuada en el fundamento vigésimo.

Y respecto a la vulneración de la presunción de inocencia ya ha sido analizada en el motivo primero anteriormente recurrente y en el motivo segundo del presente recurso, remitiéndonos a lo ya razonado en orden a su desestimación.

**DECIMO SEGUNDO:** Desestimándose los recursos, las costas se les imponen a los recurrentes ( art. 901 LECrim ).

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Carlos y Celso** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, conociendo del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Zamora, en el Rollo de Tribunal del Jurado nº 2/2014 , procedente de Procedimiento de Jurado nº 1/2013 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zamora; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca **D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Luciano Varela Castro** D. Joaquin Gimenez Garcia Recurso N°: 10982/2015



**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

### Voto Particular

#### **VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. D. Luciano Varela Castro A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 10.982/2015P.**

Emito este voto particular con el respeto que me merecen mis compañeros de Tribunal, y con carácter concurrente en cuanto a la decisión de fondo, pero por discrepar sustancialmente en lo que concierne al argumento del fundamento jurídico noveno en cuanto a la interpretación de una de las normas más esenciales del sistema de enjuiciamiento por Tribunal del Jurado que es, en mi opinión, la recogida en el artículo 46.5 de la ley reguladora.

Con ello vengo a reiterar lo que un grupo de Magistrados de la Sala ya dijimos en nuestros sendos votos particulares a la decisión del Pleno que dictó la Sentencia 653/2010 de 7 de julio, de los que solamente excluyo la reflexión en el segundo de aquellos votos sobre valoraciones de *lege ferenda*.

1.- En primer lugar estimo que la cuestión debe vincularse a la necesidad de **diferenciar las funciones de investigación de las de enjuiciamiento**. Caracteriza el sistema o modelo acusatorio (más allá del contenido específico del principio acusatorio) el tener por prueba -en cuanto elemento que puede arrumbar la presunción de inocencia- la actividad practicada, pública y contradictoriamente, en presencia del órgano jurisdiccional que ha de decidir la cuestión de fondo. No se trata solamente de que se erradique toda confusión entre las funciones de acusación y decisora. Ni que ello implique, necesariamente, la disponibilidad sobre la acción, al modo del proceso "de partes". Se trata de algo más que de asegurar la oralidad y la contradicción en el juicio público. El punto crucial viene a ser excluir la confusión entre la función investigadora y la de enjuiciamiento. Diferenciar que la investigación, funcional a la decisión de apertura de juicio, que constata lo que son meras **fuentes** de prueba, se realiza bajo principios que, cualquiera que sea la pretensión asimiladora, no son equiparables a los del juicio oral y público en el que aquellas fuentes han de mudarse, bajo esos diversos principios, en **medios probatorios verdaderos**.

**Diluir esa diferencia es el comienzo para claudicar en los valores del proceso penal** que, no se olvide, son termómetro de la calidad democrática de un país. Y, como indicara G. Illuminati, *el sistema acusatorio encuentra una realización solo aparente cuando el debate resulta condicionado por el contenido de los actos de investigación preliminar, cuyas actas se transfieren al juicio a medio de su lectura constituyéndose en fundamento válido para la decisión con peso equiparable (sino superior) al de la prueba adquirida oralmente*.

De ahí el interés de propuestas alumbradas por la doctrina procesalista para atajar tal mal, aunque justificándola desde la exigencia del principio de oralidad, como la de algún señero autor que ya en el año 1982, postulaba que el Tribunal *no tuviese la disposición del sumario*.

No es alto precio limitar la oralidad y publicidad para recuperar la prueba que ineludiblemente hubo de practicarse anticipadamente, en situaciones de previsible o devenida irrepitibilidad. ( art. 730 LECRim ) Pero, cuando la misma fuente probatoria se manifiesta con diversos contenidos probatorios, equiparar el producido fuera de las garantías del juicio con el que éstas determinaron, va más allá de toda claudicación admisible ( art. 714 LECRim ).

2.- Me parece oportuno recordar también el *estado de la cuestión antes de dicha ley*. Aguilera, comentando el par 714-715 LECrim, ya decía que el legislador había cedido ahí a las *exigencias de la lógica, la cual no permite atribuir a los datos recogidos en el sumario para la preparación del juicio un valor y una eficacia incompatibles con la índole y con la naturaleza del sistema acusatorio en que la ley se inspira...* y añade, refiriéndose al juicio que *.. únicamente en este trámite puede el testigo favorecer o perjudicar injustamente al procesado y ser leal o traidor a la sociedad y a sus deberes de ciudadano*.

También Orbaneja había señalado, con la fuerza de la sencillez incontestable del manual: *"la finalidad de la lectura no es la utilización de la declaración sumarial como base de la sentencia (porque "los magistrados han de formar su convicción con abstracción de la parte de sumario susceptible de ser reproducida en el juicio), sino provocar la explicación a que se refiere el par. 2º del art. citado, cuyo contenido constituye a su vez un elemento para la valoración de lo manifestado en el juicio y sólo de ello"*.

No cabe olvidar que, cuando se da esa contradicción, la retractación del juicio oral se hace bajo *garantía de inmunidad* de la responsabilidad criminal que pudiera derivarse de la falsedad de lo declarado en ocasión precedente al juicio. Si esa eventual responsabilidad criminal por lo declarado es *garantía de credibilidad*



-aunque no se tome en consideración el valor moral del juramento o promesa- ¿es razonable la convicción fundada en lo manifestado bajo condiciones de impunidad, desechando lo manifestado bajo riesgo de responsabilidad criminal para el manifestante?.

Lo que nos lleva a una pregunta: ¿ es coherente descartar por falaz la declaración ante el juez del juicio, asumiendo como veraz la declaración fuera del juicio oral, y no procurar la persecución penal por el delito así evidenciado? Lo que acarrea otra ¿ qué clase de responsabilidad deriva para quien tiene la obligación de procurar esa persecución y resta inactivo?.

En buena medida aquella línea, de adulteración de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 714 , ha sido considerada compatible por el Tribunal Constitucional con la Constitución. No obstante, aunque resulte obvio, parece prudente advertir que éste admite o autoriza una determinada línea interpretativa, como no inconstitucional, pero ello está lejos de ser la proclamación de una exigencia de tal naturaleza.

**3.-** Podemos ahora examinar cual sea el estado de la cuestión tras la LOTJ. Como decíamos en aquel voto particular a la sentencia del Pleno: *El legislador ha querido dejar constancia del sentido y fin de la norma en la Exposición de Motivos. Y lo ha hecho varias veces: en el apartado III, 1 párrafo tercero, cuando, al recordar las quejas de Severiano de la costumbre tan arraigada en Jueces y Tribunales de dar escaso o nulo valor a las pruebas del plenario buscando principal o casi exclusivamente la verdad en la diligencia sumarial, dice claramente que esta Ley del Jurado "debe culminar la erradicación de esa malformación procesal mediante la práctica ante él de toda la prueba". Dice de toda la prueba, no de la principal. En segundo lugar en el apartado III último párrafo, se refiere a la necesidad de impedir que el Jurado tenga la disposición del material sumarial porque "podría limitar la efectiva incidencia de los principios de oralidad, inmediación y celeridad necesarios en dicho enjuiciamiento". Y en tercer lugar en el apartado IV, 3º penúltimo párrafo, señala que "la oralidad, inmediación y publicidad en la prueba que ha de derogar la presunción de inocencia lleva en la ley a incidir en una de las cuestiones que más polémica ha suscitado cual es la del valor probatorio dado a las diligencias sumariales o previas al juicio, y que se veta en el texto del mismo".*

El Tribunal Supremo, En un primer momento lo interpretó, tal como viene haciendo la doctrina, según el claro sentido gramatical de sus palabras y de forma acorde con la exposición de motivos de la LOTJ ( STS 48/1998, 26-1 ). Pero pronto inició una nueva línea hermenéutica ( SSTS 709/1999, de 7-6 ; 649/2000, de 19-4 ; 1240/2000, de 11-11 ; 1443/2000, de 20-9 ; 316/2001, de 5-3 ; 1825/2001, de 16-10 ; 1992/2001, de 5-11 ; 730/2002, de 26-4 ; 791/2002, de 8-5 ; 1357/2002, de 15-7 ; 1721/2002, de 14-10 ; 2049/2002, de 4-12 ; 86/2004, de 28-1 ; y 435/2007, de 16-5 ). En la sentencia de 5 de noviembre de 2001 , parece acomodarse a otro criterio proclamando un principio que denomina de *unidad íntima de todo el sistema procesal*, aunque resulte en penumbra cual sea ese superior precepto que el desvío del legislador conculca.

Comparto con el segundo voto particular de aquella Sentencia del Pleno que: *La interpretación jurisprudencial del art. 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado que se acaba de exponer no se ajusta, sin embargo, a la dicción del precepto, ni parece tampoco adecuarse a los cánones interpretativos que han de aplicarse a una norma que establece una garantía procesal -por muy cuestionable desde el punto de vista empírico que ésta sea- a favor del reo*

El artículo 46.5 de la LOTJ había venido a alinearse con la mejor doctrina. Aquella clásica. Como la de algún ilustre procesalista que decía que el acusado tiene derecho a que el Tribunal "...pronuncie su sentencia exclusivamente con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio.... Y que, por tanto, tan sólo el material de hecho aportado al juicio oral constituya el sustrato fáctico de la sentencia".

El precepto puede, sin duda, cuestionarse en cuanto opción del legislador. Pero lo que resulta difícil de entender es que suscite necesidades interpretativas. Los comentaristas no albergaron duda sobre las consecuencias del específico nuevo criterio en cuanto a lo que puede arrumbar con la presunción de inocencia en el juicio ante Jurado. Así habían advertido los procesalistas que se venía a alterar la interpretación doctrinal mayoritaria y jurisprudencial de los artículos 714 y 730, siquiera cuanto a este precepto no estuviese muy afinado el ilustre procesalista. Y que esa norma general, la del artículo 46.5 de la LOTJ *no parece tener discusión ni ofrecer margen alguno para la interpretación*. Y se llega a afirmar que lo que hacen los Tribunales en los demás procedimientos es traicionar la Ley de Enjuiciamiento Criminal concluyendo que "esta práctica viciosa puede -y debe-, con la nueva regulación, ser erradicada; al menos dentro del ámbito de actuación de los juicios por Jurado". Y también se saluda favorablemente que, a diferencia de proyectos anteriores, se vete la entrega al Jurado de copia de particulares del sumario. O que la norma *no parece tener discusión ofrecer margen alguno para la interpretación*.

**4.-** Dando aquí por reproducido lo extensamente argumentado en aquellos citados votos particulares, reitero mi parecer de que el artículo 46.5 de la LOTJ exige seguir la especificidad que impone en cuanto al





*procedimiento* que se establece para cuestionar la credibilidad de las manifestaciones hechas en juicio. Es decir en la manera de utilizar el dato de las manifestaciones efectuadas en fase precedente.

El procedimiento a seguir parte de que su alcance no es otro que constatar, por contraste, la credibilidad (as to credit) del medio probatorio, pero no recuperar lo rectificado como contenido probado (as to merit). Aquél contraste pasa por un interrogatorio del medio (acusado, testigo o perito) rectificador que difiere sustancialmente de la solución del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La LOTJ pretendía obviamente evitar cualquier veleidad interpretativa que, so pretexto de la lectura prevista en el artículo 714 justificase una solución contraria a la voluntad, subjetiva y objetiva, del legislador, consistente en tener por "atraído" al juicio oral el texto rectificado.

Es cierto que, pese a ello, el Magistrado Presidente puede no admitir la formulación de determinadas preguntas. Por ello, a efectos de revisión de esa decisión en ulterior recurso, y solamente a esos efectos, debe dejarse constancia de la pregunta rechazada. Pero también del certificado que, en el parecer de la parte, avalaba la pertinencia. Esa es la razón de que dicha certificación deba poder **unirse al acta. Pero sin incorporarse a la misma** como se incorpora el escrito con el objeto del veredicto. Por ello nada más absurdo que entregar junto con la copia del acta -art. 53.3- copia de lo unido pero no incorporado a la misma. El más elemental sentido común aconseja excluir interpretaciones que llevan al absurdo. Y absurdo sería que el legislador evitase cuidadosamente cualquier conocimiento por el Jurado del texto literal de declaraciones rectificadas y luego se les hiciese accesible dicho texto.

**5.-** E igualmente con tal remisión reitero también mi discrepancia de la jurisprudencia que, por ahora se ha impuesto en lo que concierne al *valor de las diligencias rectificadas en juicio oral*.

Tras el interrogatorio sobre la credibilidad del medio (testigo, perito, acusado), que se rectifica a sí mismo en el juicio oral, la LOTJ deja expresamente excluida la posibilidad de fundar la decisión en la manifestación precedente al acto del juicio.

**6.-** Lo que no impide que, en el caso juzgado por la sentencia de la que discrepo en este particular, no se hubiera dispuesto, como se dispuso, de material probatorio suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. En cuanto al resultado y valoración de esos otros medios de prueba comparto el criterio de la mayoría del Tribunal.

*Luciano Varela Castro*