

Roj: **STS 477/2018 - ECLI:ES:TS:2018:477**Id Cendoj: **28079120012018100080**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/02/2018**Nº de Recurso: **10577/2017**Nº de Resolución: **84/2018**Procedimiento: **Penal. Jurado**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10577/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Sentencia núm. 84/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de D. **Dimas** , contra la sentencia nº 28 de fecha 19 de junio de 2017 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla , por la que se desestima el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal del Jurado con fecha 28 de julio de 2016 dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta, rollo nº 3/2014 , en causa seguida contra Dimas , por delitos de asesinato consumado y homicidio en grado de tentativa. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María Remedios Yolanda Luna Sierra, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Rosario Gómez Bravo y como parte recurrida D.<sup>a</sup> Lina y D.<sup>a</sup> María Cristina representadas por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Lucinia Llanos Méndez y de D. Pablo Enrique Miquel Bautista.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de primera instancia e instrucción nº 6 de Ceuta, incoó autos de Tribunal del Jurado núm. 3/2014, seguidos ante la Audiencia Provincial de Cádiz en Ceuta (Sección Sexta), contra Dimas que, con fecha 28 de julio de 2016, dictó sentencia nº 76/2016 que contiene los siguientes HECHOS :

**<< HECHOS DECLARADOS PROBADOS POR EL JURADO, POR UNANIMIDAD :**

- 1.- El acusado Don Dimas , es mayor de edad, nacido en Ceuta el NUM000 de 1986.
- 2.- Tiene antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia.
- 3.- Sobre la 01:15 horas del día 17 de julio de 2013 se dirigió a la avenida Marina Española de Ceuta, en compañía de otra persona no identificada.
- 4.- Ambos sabían que Don Severino paseaba por la zona con su familia.
- 5.- El acusado y su desconocido acompañante tenían la intención común de disparar y matar a Severino .
- 6.- Dimas vio a Severino en las proximidades de un puesto de feria existente en las cercanías de los "Baños Árabes".
- 7.- Se le acercó corriendo por la espalda para evitar que pudiera verlo y defenderse.
- 8.- Dimas portaba un arma corta de fuego de la que carece de permisos o licencias que lo habiliten para su porte o uso.
- 9.- Dimas disparó a Severino por la espalda en la nuca y a escasos centímetros.
- 10.- Severino no pudo defenderse.
- 11.- Una vez que Severino estaba en el suelo, Dimas volvió a dispararle para garantizar su muerte.
- 12.- Severino recibió siete disparos.
- 13.- Los disparos impactaron en hemifacies izquierda, en región cervical posterior, tercio superior de brazo derecho, cara posterior de hombro derecho y región lateral de hemotórax, como recoge la autopsia realizada.
- 14.- Como consecuencia de los siete disparos, Severino falleció sobre la 1:15 horas.
- 15.- Cuando Dimas disparó a Severino , éste se encontraba acompañado de su esposa, Lina .
- 16.- Lina caminaba del brazo de su esposo Severino .
- 17.- Dimas asumió la posibilidad de que alguno de los disparos llegara a alcanzar a Lina y le provocara la muerte (*sic*) .

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó sentencia núm. 76/2016 de fecha 28 de julio de 2016 con el siguiente **pronunciamiento** :

<<FALLO: Que debo condenar y condeno a Don Dimas , como autor criminalmente responsable de los delitos de asesinato consumado y homicidio en grado de tentativa que se les imputaban, en concurso ideal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de de (*sic*) 20 años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, prohibición de residir o acudir a la Ciudad Autónoma de Ceuta por tiempo de 10 años más de la indicada pena de prisión y por el delito de tenencia ilícita de armas, a las penas de 2 años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales, incluyendo las causadas por la acusación particular.

Asimismo condeno a dicho acusado a que indemnice a la esposa del fallecido Doña Lina , 172.037 €, a cada uno de sus hijos, María Consuelo , Eugenio , Estibaliz , Rosalía y Mario , en la cantidad de 71.682 y a la madre Doña María Cristina , en la cantidad de 14.336,385 €.

Notifíquese esta resolución en legal forma a las partes y al acusado, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer recurso de apelación para ante LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA CEUTA Y MELILLA, en el plazo de 10 días contados a partir de la última notificación de la sentencia.

Una vez firme esta sentencia, comuníquese a la Comisaría de Policía de esta Ciudad a los efectos que procedan>>.

**TERCERO.-** La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla con sede en Granada, en el recurso de apelación de Tribunal de Jurado rollo núm. 32/2016 , procedente de la Audiencia Provincial de Cádiz en Ceuta, Sección Sexta, dictó sentencia núm. 28 de fecha 19 de junio de 2017 , cuyo fallo es el siguiente:

<<FALLO: Que **desestimando íntegramente** el recurso de apelación formulado por las (*sic*) representación procesal del acusado D. Dimas , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal



del Jurado, en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta con sede en Ceuta, de fecha 28 de julio de 2016 , en causa seguida por el delito de asesinato y otro, la confirmamos íntegramente. Todo ello sin condena al pago de las costas de este recurso.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes, incluso las no personadas, en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial , instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, devuélvanse los autos originales al Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado que dictó la Sentencia recurrida, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto>>.

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

**Quinto.-** La representación legal del recurrente D. Dimas , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**Motivo primero.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim por vulneración del art. 24 de la CE .

Submotivos: A) Tutela judicial efectiva; B) Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley; C) Vulneración de la presunción de inocencia y D) Vulneración de la presunción de inocencia.

**Motivo segundo.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley por inaplicación del art. 564 del CP .

**Sexto.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 22 de noviembre de 2017, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión del recurso formulado y, subsidiariamente, su desestimación.

**Séptimo.-** Por providencia de fecha 25 de enero de 2018 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**Octavo.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 7 de febrero de 2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Con fecha 19 de junio de 2017, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó la sentencia núm. 28 del mismo año, resolviendo el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 76/16, fechada el 28 de julio de 2016 , que puso término al procedimiento por jurado núm. 3/2014, dictada por el Magistrado Presidente, integrado en la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Contra la primera de las resoluciones se interpone recurso de casación por la representación legal de Dimas . Se formalizan dos motivos que, si bien se mira, encierran líneas impugnativas de muy distinto significado y que habrían aconsejado una exposición diferenciada. Van a ser analizadas individualmente, sin perjuicio de las obligadas remisiones sistemáticas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.

**1 .1.-** Denuncia la defensa la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías ( art. 24.1 y 2 CE ).

Se centra la queja en la deficiente grabación del interrogatorio de los testigos y peritos que declararon por videoconferencia. Se ofrece una lista de los archivos que, a juicio del recurrente, ofrecen una mala calidad en la reproducción. Son nueve archivos de sonido perfectamente identificados. De todos ellos, el que se refiere a la declaración del testigo protegido es especialmente relevante, pues «... *no se le entiende nada por la mala calidad de la grabación, que no puede ser reproducida pese a lo intentos por esta defensa de hacerlo*». Con el fin de no incurrir en inconcreción en el momento de destacar la fuente de la indefensión padecida, se razona que, respecto de los testigos y peritos que declararon en el plenario «... *no se entiende a muchos ni el nº de su carnet profesional, ni los nombres y apellidos de los Sres. Turroneiros, ni de la médico forense, ni de los peritos balísticos*» ( sic ) .

En aplicación de los arts. 11.1 , 230.1 , 238.3 de la LOPJ y 743 de la LECrim , de conformidad con el acuerdo de pleno no jurisdiccional de esta Sala, fechado el 24 de mayo de 2017, se interesa la absolución del acusado «...



*con todos los pronunciamientos favorables o en su caso la retroacción del procedimiento al momento anterior a la vista oral, con otro jurado y magistrado-presidente, en su caso».*

El motivo no es viable.

1.1.1.- La defensa, como apunta el Fiscal en su dictamen de impugnación, se limita a una queja genérica, especialmente centrada en las dificultades de audición del testimonio del testigo protegido. La Sala ha reproducido la grabación y ha constatado que los problemas para su correcta audición son ciertos. También existe dificultad para oír las respuestas de la intérprete de árabe. Esas dificultades se reducen a un problema exclusivo de volumen cuando se trata de entender las preguntas formuladas por el Fiscal y el resto de las partes. La distorsión en las respuestas del testigo -que declara cubierto por un casco de motorista- y de la intérprete, complican el seguimiento del relato. Y esa conclusión no se relativiza por el hecho de que la escucha detenida de las respuestas del testigo protegido, conectadas a unas preguntas perfectamente audibles, permitan entender, por ejemplo, la descripción de dos disparos que fueron realizados por la espalda y otros cuatro cuando la víctima se hallaba ya en el suelo. También pueden entenderse los datos que ofrece sobre la descripción del arma empleada en la ejecución.

Sea como fuere, lo cierto es que ni quien tiene que asegurar que los medios técnicos funcionan adecuadamente, ni quien tiene que certificar que esos archivos digitales recogen lo verdaderamente acaecido en el plenario, han cumplido diligentemente su cometido. Esta sensación de dejadez se acrecienta cuando se observa que durante la grabación del interrogatorio del testigo protegido se detectaron fallos técnicos en la línea telemática que conectaba la sala de vistas con el lugar en el que se hallaba el declarante. Nadie se cercioró de si esas deficiencias podían haber entorpecido la integridad de la grabación. Los soportes digitales fueron tomados por válidos y remitidos, sin más, al Tribunal Supremo.

Pero el desenlace del motivo no puede conectarse, de forma exclusiva, a la constatación de esas deficiencias. Lo que se pide de esta Sala es que declare la nulidad de actos procesales que no adolecen de ningún defecto estructural que lastre su validez. De ahí la importancia de operar con suma prudencia y no convertir las dificultades de audición en una causa innominada de nulidad sobrevenida de los actos procesales. Lo verdaderamente determinante es que esas deficiencias sean generadoras de una genuina indefensión en el momento de hacer valer el legítimo ejercicio del derecho de defensa.

Y ya anticipamos que la Sala no detecta una indefensión material.

1.1. 2. - Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha permanecido inmune al impacto de las nuevas tecnologías. Para la historia quedan los sistemas artesanales de transcripción de las actas del juicio oral. La lectura de los arts. 230.1 de la LOPJ y 743 de la LECrim, pone de manifiesto la obligada apuesta del legislador por «... cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos» para el adecuado ejercicio de las funciones de documentación atribuidas a los Letrados de la Administración de Justicia.

Sin embargo, la lamentable frecuencia con la que los archivos digitales en los que han sido grabadas las sesiones del juicio oral no pueden ser debidamente reproducidos, ha obligado a esta Sala a adoptar el acuerdo de pleno de 24 de mayo de 2017. Resolvimos entonces: « 1.- *El actual sistema de documentación de los juicios orales es altamente insatisfactorio y debería ser complementado por un sistema de estenotipia. Dada la naturaleza de las deficiencias observadas en numerosos casos, habrá de garantizarse, en relación con lo dispuesto en el artículo 743 de la LECrim, la autenticidad, integridad y accesibilidad del contenido del soporte que se entregue a las partes y del que se remita a los Tribunales competentes para la resolución del recurso. 2. Cuando la documentación relativa al juicio oral sea imprescindible para la resolución del recurso, su ausencia en relación con los aspectos controvertidos, que genere indefensión material, determinará la nulidad del juicio oral o, en su caso, la absolución ».*

1.1. 3. - La queja del Letrado recurrente encierra un obstáculo inicial para su admisibilidad. Se trata de una cuestión nueva, no alegada en el recurso de apelación promovido ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Decíamos en la STS 54/2008, 8 de abril, que es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano *ad quem* llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas ( SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril ).



Pese a todo, nos obliga al análisis de la queja formulada por la defensa del recurrente la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

1.1. **4.** - Resulta obligado el rechazo de una impugnación sobrevenida respecto de la que la sentencia que constituye el verdadero objeto del presente recurso, esto es, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, guarda silencio. Se da la circunstancia de que, entre los motivos hechos valer en el recurso de apelación promovido por la defensa, se incluyó una extensa alegación acerca de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Este motivo fue desestimado, sin que sus argumentos impugnatorios incluyeran mención alguna a las dificultades de audición de las grabaciones. El Letrado que suscribe el recurso de casación alega en su descargo que él no fue el profesional que asumió la defensa en la instancia. Sin embargo, admite en su escrito que fue él quien asistió a la vista de la apelación -pese a no haber asumido inicialmente la formalización de los motivos-. Este dato, a juicio de esta Sala, introduce un elemento de obligada consideración a la hora de resolver la queja. No estamos en presencia de un recurso de casación cuya formalización se encargue a un Letrado totalmente ajeno a los debates del plenario y a la apelación subsiguiente. Quien ahora sostiene que no puede preparar adecuadamente sus argumentos impugnativos por la deficiente calidad del sonido, no llegó a articular una pretensión semejante en el momento de hacer valer el recurso de apelación. Y, desde luego, no basta para ello afirmar que «... esta defensa lo manifestó así a la Sala ad quem, la cual no lo tuvo en cuenta en la sentencia hoy recurrida». El recurrente no acredita que, en el momento de la vista del recurso de apelación, hizo valer algo más que una manifestación en tal sentido. Especialmente significativo es el hecho de que, ya en la casación, no se haya formalizado ningún motivo que denuncie la falta de respuesta a una pretensión oportunamente deducida (cfr. Art. 851.3 LECrim). Se insiste en que el Letrado que ahora suscribe el recurso de casación no fue el mismo profesional que interpuso el recurso de apelación. Sin embargo, lo cierto es que el primero de los motivos anunciados ante el Tribunal Superior de Justicia, se hacía valer al amparo del art. 846 bis c), apartado a), de la LECrim. Pues bien, en este precepto se admite que la impugnación se fundamente en el hecho de que « en el procedimiento o en la sentencia se (haya) incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación. Esta reclamación no será necesaria si la infracción denunciada implicase la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado ». Nada habría impedido, por tanto, alegar -no ya en la interposición, sino en la propia vista del recurso de apelación- las deficiencias de sonido que ahora se reivindican como un quebrantamiento del derecho a un procedimiento con todas las garantías. Y esa alegación podía haberse invocado en la vista de la apelación, sin necesidad de acreditar que se había formulado la oportuna reclamación, debido a la conexión de la queja con el contenido del derecho material a un derecho fundamental.

Desde esta perspectiva, por tanto, no se trata de fundar el rechazo del motivo en un simple problema de preclusión. Si así fuera estaríamos sobrevalorando un principio no estructural del proceso, ligado más bien a los principios de ordenación del procedimiento. De lo que se trata en el presente caso es de no quebrar el significado del doble grado de jurisdicción y la naturaleza singular del recurso de casación. Si a ello se añade la falta de acreditación de una genuina indefensión material, se entenderán sin dificultad las razones que apoyan la desestimación del motivo.

En efecto, la mejor muestra de la falta de una verdadera indefensión material la ofrece el escrito de formalización del presente recurso. En su página 14, en el momento de desarrollar el motivo formalizado por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la defensa verifica una glosa crítica de la declaración del testigo protegido que, desde luego, es incompatible con la denunciada indefensión. Allí puede leerse lo siguiente: «... por otra parte la existencia del testigo protegido que para su evidente protección se le dio la cobertura que la ley establece para ellos aunque la Ley prevea el ocultismo de su persona y sus datos personales y familiares a las partes no le permite mentir y mintió cuando dijo que estaba agachado enfrente donde ocurrieron los hechos y al lado de un palmera diciendo que era turista cuando la verdad y la realidad es que se trata del empleado de la caravana de turrónes ante la cual se había parado el finado y su esposa [...]. Y esta persona pregunta si el testigo tenía tanto miedo, porque mintió en ese aspecto, puesto que ahora ya no sabemos si mintió en la identificación de Dimas o en su localización o posición en relación con el escenario del crimen» ( sic ).

Como puede apreciarse, la defensa no sólo analiza el contenido de algunas de las afirmaciones del testigo protegido, sino que llega a concluir su falta de certeza, atribuyéndole a aquéllas afirmaciones falaces, expresivas de una mentira. Mal puede hablarse de indefensión material por las dificultades de audición de las respuestas del testigo cuando, al mismo tiempo, se conoce el sentido de aquéllas y se arroja sobre ellas la duda de su veracidad. La procedencia de esta conclusión se refuerza, incluso, si reparamos en que la fuerza verdaderamente incriminatoria de la declaración del testigo se deriva de la identificación de la persona que





efectuó los disparos y la dirección de estos. Tales extremos, no sólo son audibles -es cierto, con algunas dificultades-, sino que están confirmados por otras pruebas, como el dictamen de autopsia, en el que la dirección de los disparos quedó suficientemente explicitada.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo ( art. 885.1 LECrim ).

**1 . 2 .-** El primero de los motivos sirve también de cauce para denunciar la infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y al juez predeterminado por la ley ( art. 24.1 y 2 LECrim ).

El Letrado que ha asumido la defensa para la vista de apelación y para la interposición del presente recurso de casación lamenta que, como consecuencia de una actuación «... *de dudosa profesionalidad*» en la labor técnica desarrollada en la primera instancia, se haya perjudicado a Dimas . De hecho, denuncia la nulidad del procedimiento por la falta de competencia objetiva. Razona que «... *el devenir del proceso ha pasado por diferentes estadios procedimentales, Diligencias Previas, Tribunal del Jurado, Sumario, nuevamente procedimiento del Tribunal del Jurado hasta la sentencia hoy recurrida*». Una cuestión previa hecha valer por la acusación particular -a la que se adhirió el Fiscal- fue resuelta mediante auto de fecha 18 de marzo de 2015, en el que se declaró que el procedimiento debía ajustarse a las normas del procedimiento ordinario para delitos más graves -sumario-, con conservación de los actos procesales ya practicados hasta entonces. Este auto -puntualiza la defensa- fue «... *inexplicablemente recurrido en apelación por el anterior Letrado*», determinando, después de algunas peripecias, que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía acordara la continuación del procedimiento por los trámites del Tribunal del Jurado.

La defensa, con un equívoco argumento acerca de la naturaleza concursal de los hechos imputados, rechaza la competencia del Tribunal del Jurado, al estimar que no estamos ante un concurso ideal de delitos, sino «... *ante un concurso de normas, o concurso real o concurso medial*» ( sic ) .

La presente cuestión ya fue abordada y resuelta por la Sala de lo Civil y Penal en el auto fechado el 18 de enero de 2017. En el FJ 2º de la sentencia objeto de recurso se señala que «... *resulta sorprendente (...) que quien planteó en su día la competencia para el conocimiento de la causa obtuviera en su momento una respuesta favorable a su tesis, ahora cambie de orientación y pretenda una resolución contraria a sus primeros intereses*» . La misma perplejidad expresa el Ministerio Fiscal en su dictamen de impugnación: «... *la cuestión carece de fundamento alguno, no sólo porque la sucesión de Letrados no afecta a la posición procesal por lo que el recurrente está yendo contra sus propios actos, sino porque (...) en el fallo de la sentencia del jurado consta expresamente la condena por los dos delitos "en concurso ideal", lo que (...) hace innecesario entrar en el fondo de la cuestión*».

La determinación de la competencia del órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no puede hacerse depender de la cambiante apreciación de cada uno de los profesionales que, en las distintas instancias, llegue a asumir la defensa técnica. De ahí que la contradictoria reivindicación de un cambio de procedimiento, después de que éste se haya ajustado a lo interesado en la instancia por el primero de los Letrados de la defensa, carece de toda viabilidad.

En definitiva, procede el rechazo del motivo por su falta de fundamento ( art. 885.1 LECrim ).

**1 . 3 .-** Con la misma cobertura que los submotivos precedentes, se alega ahora la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE , tanto respecto del asesinato consumado de Severino , como del homicidio intentado de la esposa de éste, Lina .

**1 . 3 . 1 .-** Con visible confusión respecto del verdadero objeto del presente recurso, que no es veredicto emitido por el Jurado, sino la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, argumenta la defensa que no existe verdadera prueba de cargo contra Dimas respecto del asesinato consumado que ha sido declarado probado. Dimas fue detenido en posesión de un teléfono móvil y pese a que pidió que le hicieran las pruebas de localización derivadas de la utilización de ese dispositivo, nadie tuvo interés en atender su reclamación durante la fase de investigación. Además, la ropa que fue hallada en su domicilio no tenía restos de pólvora. Tampoco existían vestigios de pólvora en su propio cuerpo.

El motivo ha de decaer.

**1 . 3 . 2 .-** La verificación de la existencia de prueba de cargo bastante -recuerda la STS 707/2016, 16 de septiembre , con cita de las SSTS 154/2012, 29 de febrero y 390/2009, 21 de abril - requiere una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la



prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Cuando se trata del recurso de casación en procedimientos seguidos conforme a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, la valoración de la prueba efectuada por el jurado y concretada por el Magistrado Presidente en la sentencia del Tribunal, ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, donde deberá haber procedido a las comprobaciones antes mencionadas. En consecuencia, en estos aspectos, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior.

De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal del jurado.

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

**1 . 3 . 3 .** - Proyectando esta doctrina sobre el supuesto de hecho que centra nuestra atención, la Sala constata que el razonamiento volcado por el Tribunal Superior de Justicia en los FFJJ 3º y 5º no se aparta, en modo alguno, del canon constitucional de control de la valoración de la prueba desarrollada en la instancia. De una parte, descartando cualquier atisbo de arbitrariedad o falta de lógica en el razonamiento de los jurados al explicar las razones que avalan la condena del recurrente. La declaración del testigo protegido - que reconoció fotográficamente y en rueda de reconocimiento al agresor-, el testimonio de la viuda de Severino -que también, sin género de dudas, reconoció a Dimas - y, en fin, el dictamen de los peritos que practicaron la autopsia y explicaron en el plenario la dirección y el número de los disparos, son elementos de juicio suficientes para avalar el juicio de autoría. El Fiscal subraya en su dictamen de impugnación el inequívoco valor incriminatorio del testimonio de la viuda quien, según sus declaraciones, al pararse en un escaparate y mirar hacia atrás, vio perfectamente al acusado apuntando con un arma a la cabeza de ambos.

En suma, no existe el vacío probatorio que reivindica la defensa.

**1 . 3 . 4 .** - Respuesta distinta merece la queja de la defensa respecto de la falta de pruebas que respalden la declaración de responsabilidad de Dimas como autor de un delito de homicidio intentado en la persona de Lina .

En efecto, el juicio histórico proclamado por el Magistrado-Presidente a partir del veredicto del jurado, está integrado por 17 enunciados. El peligro para la vida de Lina pretende describirse en las tres últimas proposiciones: «... 15.- Cuando Dimas disparó a Severino , éste se encontraba acompañado de su esposa Lina . 16.- Lina caminaba del brazo de su esposo Severino . 17.- Dimas asumió la posibilidad de que alguno de los disparos llegara a alcanzar a Lina y le provocara la muerte».

La Sala entiende que esa secuencia fáctica es manifiestamente insuficiente para subsumir los hechos en un delito intentado de homicidio. En ella se describe la presencia de Lina en el escenario en el que se produjeron los disparos -iba del brazo de la víctima-, pero se silencia toda acción homicida con suficiente entidad como para poner en riesgo la vida de aquélla. Para declarar responsable a Dimas de un delito intentado contra la vida de Lina , no basta con situar a ésta en el lugar de los hechos y adjudicar al autor una aceptación - o indiferencia- respecto de un segundo resultado mortal, cuya posibilidad ni siquiera se describe como real. En efecto, el acusado disparó a Severino por la espalda, en la nuca y a escasos centímetros -apartado 9- y una vez que la víctima estaba en el suelo, volvió a dispararle para garantizar su muerte -apartado 11-. Fueron en total siete disparos -apartado 12- los que acabaron con la vida de la víctima. Pero de ese fragmento no se desprende la descripción de la parte objetiva del tipo sobre la que apoyar la asunción de la muerte de Lina ,



de quien sólo se dice que acompañaba del brazo a su marido que -insistimos- cayó al suelo después de los dos primeros disparos propinados en la nuca de la víctima.

En definitiva, el hecho probado no describe, ni existen elementos de cargo que pudieran respaldar una afirmación en tal sentido, una genuina acción homicida, expresiva de la determinante resolución del acusado de acabar con la vida de Lina . La proclamación del tipo subjetivo en el último de los enunciados, referido a la aceptación por parte de Dimas de la posibilidad de que algunos de los disparos alcanzara a Lina , no se concilia con un medio ejecutivo consistente en dos disparos en la nuca del verdadero objetivo del agresor y otros cinco disparos que se dirigen al cuerpo ya caído de la víctima.

Ya sea por la insuficiencia del relato fáctico para subsumir los hechos en el delito de homicidio intentado, ya por la atribución de una resolución homicida del acusado respecto de Lina , que no es expresión de un razonamiento lógico y coherente, se está en el caso de estimar el motivo, con las consecuencias que declaramos en nuestra segunda sentencia.

**SEGUNDO** .- El segundo de los motivos se hace valer por la vía del art. 849.1 de la LECrim . En él se denuncia la indebida aplicación del art. 564.1 del CP .

El error de derecho en que habría incurrido la sentencia recurrida lo sitúa la defensa en el hecho de que « *no se encontró el arma homicida, pese a la rápida intervención de la policía nacional*».

El motivo no puede prosperar.

Reiterada jurisprudencia de esta Sala -de innecesaria cita- recuerda que el motivo que habilita el art. 849.1 de la LECrim exige como presupuesto metodológico que el discurso impugnativo se construya con plena aceptación del hecho probado, tal y como ha sido proclamado en la instancia. Por esta vía, por tanto, no se pueden censurar las bases probatorias del relato histórico, sino el juicio de tipicidad proclamado en la resolución combatida.

De acuerdo con esta idea, tiene toda la razón el Fiscal cuando reprocha al recurrente que no respete el factum, puesto que el apartado 8 de los hechos declarados probados refleja la conclusión unánime del Jurado. Ahí se proclama que « *Dimas portaba un arma corta de fuego de la que carece de permisos o licencias que le habiliten para su porte o uso*».

La desestimación se impone, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 884.3 y 4 y 885.1 de la LECrim .

**TERCERO** .- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales.

## FALLO

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

**1º .- Declarar la ESTIMACIÓN PARCIAL** del recurso de casación promovido por la representación legal de D. Dimas , contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2017, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , en la causa seguida contra el mismo por un delito de asesinato consumado y un delito de homicidio en grado de tentativa, **casando** y **anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

**2º .- Comunicar** esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10577/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente





D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 15 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el procedimiento por Jurado núm. 3/2014, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Ceuta, recurso núm. 32/2016, se dictó sentencia de fecha 19 de junio de 2017, que ha sido **casada** y **anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la misma Presidencia, proceden a dictar en el día de la fecha esta segunda sentencia, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.**- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO** .- Por las razones expuestas en el FJ 1º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del primero de los motivos entablados, declarando que la condena del recurrente como autor de un delito intentando de homicidio respecto de Lina , vulnera el derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

### FALLO

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

**1º . Mantener** los pronunciamientos de la sentencia recurrida, excepto el relativo a la condena de Dimas .

**2º . Absolver** del delito de homicidio en grado de tentativa por el que venía siendo acusado.

**3º . Declarar** de oficio las costas.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde