



Roj: **STS 856/2018 - ECLI:ES:TS:2018:856**

Id Cendoj: **28079120012018100107**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2018**

Nº de Recurso: **551/2017**

Nº de Resolución: **116/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 551/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 116/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 12 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 551/2017 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Luis Manuel representado por la procuradora D^a Margarita Sánchez Jiménez bajo la dirección letrada de D. Antonio Francisco Mazuecos Asid y por D. Juan Ignacio representado por la procuradora D^a Margarita Sánchez Jiménez y bajo la dirección letrada de D. Carlos Aránguez Sánchez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería de fecha 22 de noviembre de 2016. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Adriano, como acusación particular, representado por la procuradora D^a Nuria Gala Ros y bajo la dirección letrada de D. Agustín Pinel Berenguer.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 5 de El Ejido incoó sumario num. 34/14 y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería (Sección Tercera) que con fecha 22 de noviembre dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: «Probado y así se declara que sobre las 21:30 horas del día 14 de junio de 2010, Adriano, se personó en el pub Dulcinea, sito en la calle Brújula de la localidad de El Ejido (Almería), para entrevistarse con el procesado Luis Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, con quien había quedado para tratar acerca de una suma de dinero que este último adeudaba al primero, encontrándose en dicho establecimiento el también procesado Juan Ignacio, mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, que acompañaba a Luis Manuel, primo suyo.



Una vez en el interior del pub, comenzó una acalorada discusión entre Adriano y Luis Manuel, a causa de dicha deuda de origen incierto, por lo que fueron invitados por el personal de servicio a salir fuera del local, dirigiéndose ambos procesados, junto a Adriano y otras personas amigas de uno y de otros, a un descampado cercano al pub, sito en la calle Descubrimiento, a espaldas del colegio Santo Domingo, donde Adriano y Luis Manuel iniciaron una riña en la que se intercambiaron diversos golpes hasta que, en un momento dado, Luis Manuel gritó a Juan Ignacio, "primo mávalo, mávalo", procediendo Juan Ignacio a sacar una pistola que llevaba oculta en la cintura bajo el pantalón y, con la intención de acabar con su vida, disparó en al menos siete ocasiones a Adriano, quien huía despavorido del lugar al percatarse del arma, alcanzándole dos de los disparos efectuados, con proyectiles calibre 8,8 x 19 mm. (9 mm. Parabellum-9 Luger), uno de los cuales le atravesó en la rodilla izquierda y el otro quedó alojado en el glúteo, cayendo desplomado al suelo, circunstancia que aprovecharon ambos procesados para abandonar el lugar.

El arma utilizada por Juan Ignacio que carecía de licencia para la tenencia -usó de la misma, no pudo ser encontrada.

Como consecuencia de los impactos de bala recibidos, Adriano, que contaba 34 años de edad, sufrió las siguientes lesiones: dos heridas por arma de fuego, una con orificio en glúteo izquierdo sin salida (con fractura subtrocanterea abierta de fémur) y otra en región suprarrotuliana de pierna izquierda, cuya curación requirió tratamiento médico y quirúrgico que consistió en cirugía con osteosíntesis (clavo PFN largo) y al día siguiente presentó síndrome compartimental en el muslo y hemorragia que precisó una segunda cirugía con desbridamiento, ligaduras de vasos colaterales y transfusiones, invirtiendo en su curación 668 días, 14 de ellos de hospitalización y 500 de ellos con incapacidad para la realización de sus ocupaciones habituales, quedando como secuelas pseudoartrosis del fémur sin infección activa, material de osteosíntesis del fémur, parestesias de partes acras así como una cicatriz de unos 30 centímetros en la parte externa del muslo, notable y con leve hundimiento; cicatrices redondeadas, de 1 a 2 centímetros de diámetro encima de la rodilla y en glúteo; y cojera manifiesta, todo lo cual constituye perjuicio estético moderado en grado alto.

El procedimiento estuvo paralizado entre el día 16 de mayo de 2012, en que el médico forense emitió parte de estado haciendo constar la inasistencia de Adriano a consulta para reconocimiento, y el 30 de mayo de 2014 en que el instructor acordó por providencia librar exhorto a los Juzgados de Granada para la emisión por el forense de partes de estado e informe de sanidad del lesionado, quien se encontraba preso por otra causa en el Centro Penitenciario de Albolote.»

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «FALLAMOS: 1º) Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los procesados Juan Ignacio y Luis Manuel como autor e inductor, respectivamente, de un delito de homicidio en grado de tentativa, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, a cada uno de ellos, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a que indemnicen conjunta y solidariamente a Adriano en la cantidad de NOVENTA MIL SEISCIENTOS EUROS (90.600 €) más sus intereses legales.

2º) Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Juan Ignacio como autor criminalmente responsable de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego, también definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3º) Se impone a Juan Ignacio el pago de las dos terceras partes de las costas procesales y a Luis Manuel la tercera parte restante, incluyéndose en dichas costas las ocasionadas por la intervención de la acusación particular.

Les será de abono a los acusados para el cumplimiento de dicha condena todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa de no haberles servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Aprobamos por sus propios fundamentos, y con las reservas que contienen, los autos de insolvencia acordados y remitidos por el instructor.»

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por D. Luis Manuel, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**



- 1º.- Por infracción de ley, al amparo del num.1º del artículo 849 de la LECRIM , por no concurrir el elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 138 CP , por la ausencia de *animus necandi*.
- 2º.- Por infracción de ley, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la LECRIM , por indebida aplicación del artículo 16 del CP .
- 3º.- Por infracción de ley, al amparo del num. 1º del art. 849 de la LECRIM , por indebida inaplicación del art. 147 del CP , o en su caso del artículo 148 del CP .
- 4º.- Por infracción de ley, al amparo del num. 1º del art. 849 de la LECRIM por la indebida inaplicación de la atenuante de drogadicción (artículo 21. 2º o 21. 7º del CP).
- 5º.- Por infracción de ley, al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la LECRIM por la indebida inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, (artículo 21.6º del CP).
- 6º.- Por infracción de ley, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la LECRIM por indebida inaplicación de la eximente incompleta de legítima defensa de los artículos 20.4ª del CP , en relación con el artículo 21. 2ª del CP .
- 7º.- Por infracción de ley, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la LECRIM , por indebida inaplicación de la atenuante de arrebatu u obcecación del artículo 21.3ª del Código Penal .
- 8º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en los artículos 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la Defensa; nulidad de la prueba videográfica, por vulneración de derecho a la intimidad y a la propia imagen (arts. 18.1 y 4º CE).
- 9º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.
- El recurso interpuesto por D. Juan Ignacio se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:
- 1º, 2º, 3º - Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales recogidos en el artículo 24 de la CE , concretamente el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinente y a la presunción de inocencia.
- 4º y 5º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinente y la presunción de inocencia.
- 6º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y la presunción de inocencia por haberse admitido el escrito de la acusación particular presentado fuera de plazo.
- 7º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y al principio acusatorio.
- 8º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales recogidos en el artículo 24.1 y 2 de la CE , concretamente el derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y error en la valoración de la prueba.
- 9º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por considerarse infringidos derechos constitucionales, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 y 4 CE).
- 10º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por vulneración del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).
- 11º.- Por infracción de ley al amparo num. 1º del artículo 849 de la LECRIM por indebida aplicación de los art. 16 y 138 CP , ausencia de *animus necandi* y correlativa inaplicación del art. 147 del CP o en su caso del artículo 148 del CP .



12º.- Por infracción de ley, con carácter subsidiario, al amparo del num. 1º del artículo 849 de la LECRIM por la indebida inaplicación de las atenuantes de embriaguez y drogadicción (artículo 21.2ª ó 21.7ª del CP) y dilaciones indebidas (artículo 21.6ª del CP).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la acusación particular de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para fallo, se celebró la votación prevenida el día 19 de diciembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia el 22 de noviembre de 2016 , por la que condenó a Juan Ignacio y a Luis Manuel como autor e inductor, respectivamente, de un delito de homicidio en tentativa, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena a cada una de ellos de cinco años de prisión.

Contra dicha sentencia interpusieron recurso ambos condenados, a los que se opuso el Fiscal. Comenzaremos por el que sostuvo el Sr. Juan Ignacio cuyo primer motivo, ya avanzamos, va a prosperar, lo que hará innecesario entrar a resolver los restantes, y arrastrará, sin entrar sobre él, el recurso interpuesto por el otro condenado.

SEGUNDO .- El citado motivo, formalizado por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECRIM , considera infringido el artículo 24 CE , concretamente el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes y a la presunción de inocencia, por no haberse admitido una prueba necesaria y pertinente: la testifical de Ceferino .

1. Explica el recurso que al comienzo de la vista del juicio, el letrado que ejercía la defensa, que sustituyó a otro anterior que no había propuesto al formular sus conclusiones provisionales prueba alguna, solicitó del Tribunal se admitiera como prueba la declaración del mencionado testigo, que debidamente documentado, se encontraba ese día en las dependencias del palacio de Justicia, en el pasillo contiguo a la sala de vistas. Sin embargo, el Tribunal denegó tal propuesta.

Considera el recurso que la declaración testifical propuesta era pertinente y necesaria, porque Ceferino es la persona que presencié la discusión previa entre los acusados y Adriano , el lesionado, en el Bar Dulcinea de El Ejido (Almería). Y vio como éste último y el otro acusado se marcharon hacia un descampado, mientras que el Sr. Juan Ignacio se fue hacia su casa, momento en que Ceferino lo recogió con su coche y lo acompañó hasta su domicilio.

Se trata de un testigo que declaró ante la policía (f. 482, tomo II) y en la fase sumarial (f. 501, tomo II), cuyo perfil genético apareció en el vehículo implicado (f. 466, tomo II), y que considera esencial porque acompañaba al Sr. Juan Ignacio justo en el momento de los hechos enjuiciados.

Igualmente insiste el recurso que fue propuesto en tiempo y forma, por la proyección hacia el procedimiento ordinario que ha admitido esta Sala respecto al trámite de cuestiones previas previsto para el procedimiento abreviado, incluida la posibilidad de proponer prueba. También explica que protestó la denegación.

Por último, indica que no se permitió a la defensa proponente consignar en acta las preguntas que habría formulado a este testigo, que en su caso habrían versado sobre lo que sucedió en los minutos posteriores a la discusión en el bar; y si encontró a Juan Ignacio en las inmediaciones de ese establecimiento y lo acompañó a su casa, quedándose en el lugar de los hechos la víctima y el otro acusado. Lo que a su juicio evidencia que éste no pudo realizar la gravísima conducta que se le imputa.

2 . En la STS 253/2016 de 31 de marzo resumíamos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE) en los siguientes términos (STC 86/2008 de 21 de julio y STC 80/2011 de 6 de junio):

a) Constituye un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda (por todas, SSTC 133/2003 de 30 de junio).



b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurran dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996 de 15 de enero y 70/2002 de 3 de abril); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998 de 16 de noviembre y 219/1998 de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (SSTC 133/2003 de 30 de junio , 359/2006 de 18 de diciembre , y 77/2007 de 16 de abril).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000 de 14 de febrero , 19/2001 de 29 de enero , 73/2001 de 26 de marzo , 4/2005 de 17 de enero , 308/2005 de 12 de diciembre , 42/2007 de 26 de febrero y 174/2008 de 22 de diciembre).

3. También esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1995), y ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

En esta línea han establecido una serie de requisitos formales y materiales para que este motivo pueda prosperar, que sintetizan entre otras las SSTS 351/2016 de 26 de abril o 498/2016 de 9 de junio . Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, patentizando así su oposición a la denegación a efectos de ulterior recurso. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, han de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento, y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta. En cualquier caso, la parte que la propone, debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. Todos estos aspectos han de ser acreditados por el recurrente



cuando alega en vía de recurso la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes a su defensa.

Cuando el examen de la cuestión se efectúa en vía de recurso, el carácter necesario y relevante de la prueba debe valorarse teniendo en cuenta no solo las particularidades y finalidad de las propuestas tal como aparecían en el momento de admitir o denegar las pruebas, sino también las demás pruebas ya practicadas en el juicio oral y la decisión que deba adoptar el Tribunal respecto de los aspectos relacionados con la prueba cuya práctica fue denegada. Dicho de otra forma, la queja solo podrá ser estimada cuando en función de las características del caso concreto según resultan de todo lo ya actuado, su práctica podría suponer la adopción de un fallo de contenido diferente. En otro caso, la anulación del juicio para la celebración de uno nuevo no estaría justificada.

Como dijo entre otras la Sentencia de esta Sala 505/2012 de 19 de junio, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba. Por su parte la STS 948/2013 de 10 de diciembre recordaba que a los efectos de esta revisión es determinante que la parte recurrente argumente de modo convincente, que la resolución final del proceso *a quo* podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001 de 26 de marzo ; 168/2002 de 30 de septiembre y 71/2003 de 9 de abril , entre otras).

4. Aunque el motivo se plantea como vulneración de derecho constitucional a valerse de los medios de prueba pertinentes, está estrechamente vinculado al quebrantamiento de forma del artículo 850.1º LECRIM, y su éxito determinaría la nulidad de la sentencia recurrida para la práctica de la prueba omitida (artículo 901 bis a. LECRIM).

Para la anulación de una resolución judicial por la no práctica de alguna prueba es necesario que la diligencia cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible, sino también necesaria. La necesidad es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Como decíamos en la STS 351/2016 de 26 de abril, si la prueba no practicada podía ser pertinente en un juicio *ex ante*, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar.

Asimismo la STS 250/2004 de 26 de febrero explicó que mientras la pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad de las pruebas, la necesidad se desenvuelve en el terreno de la práctica de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo; o, trasladándonos a la fase de recurso la ponderación sobre si la anulación de la sentencia y repetición del juicio se revela como indispensable para salvaguardar los derechos del recurrente. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La STC 142/2012, de 2 de julio, aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: «...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)».

5. Respecto a la prueba denegada la sentencia recurrida solo señala «la supuesta nulidad del juicio por denegación de medios probatorios, amén de que no puede plantearse ante el propio tribunal que adoptó dicha decisión denegatoria sin perjuicio de formular protesta contra la misma, deberá hacerse valer en su caso por medio de recurso de casación por quebrantamiento de forma, a tenor de lo dispuesto en el art. 850.1º de la Ley procesal». Sin embargo, el examen de la videograbación del juicio oral permite comprobar que lo que el recurso expone respecto a la propuesta por parte de la defensa del recurrente se ajusta a la realidad.



Se justificó la propuesta tardía en el comportamiento de la anterior defensa letrada, y se explicó que la práctica era posible en el acto del juicio al hallarse presente en la sede judicial el testigo propuesto. Y también se aludió a su necesidad en cuanto que se trataba de un testigo que se encontraba en compañía del acusado en el momento de acaecer el hecho delictivo y cuyo testimonio podía cuestionar seriamente el valor probatorio de la declaración del testigo principal y víctima de los hechos.

La prueba fue denegada por el Presidente del Tribunal por considerar que era extemporánea tratándose de un sumario ordinario.

6. El procedimiento ordinario no prevé un trámite de cuestiones previas similar al del abreviado. Esta Sala ha admitido en determinados casos, con el fin de dotar al sistema procesal penal de unidad y cohesión, que se suscite en el procedimiento ordinario un trámite preliminar similar al previsto en el artículo 786 de la LECrim . Y entre las posibilidades que este propicia se encuentra la de proponer nuevos medios de pruebas, con la única limitación de que se trate de pruebas que se puedan practicar en el acto y que se justifique su finalidad. (entre otras entre otras STS 1060/2006 de 11 de Octubre, 1287/2007 de 26 de enero, 872/2008, de 27 de noviembre, 624/2014 de 30 de septiembre, 44/2015 de 29 de enero o 314/2015 de 4 de mayo) siempre que ello no oculte un fraude procesal, ni constituya un obstáculo a los principios de contradicción e igualdad en garantía de la interdicción de toda indefensión. Posibilidad que, como recuerda el Fiscal al impugnar el motivo con cita de la STS 439/2013 de 22 de Mayo , también puede canalizarse a través del artículo 729 LECRIM .

Es decir, que frente a rígidos formalismos derivados de la interpretación literal de las normas procesales, debe primar el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa con la única limitación de que se trate de pruebas útiles, necesarias y esenciales para la resolución final del juicio y que se puedan practicar en el acto, ya que de otro modo supondría una quiebra del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

De acuerdo con ello, la decisión de la Sala sentenciadora denegando la prueba testifical propuesta simplemente por considerarla extemporáneamente, carece de apoyatura, pues la prueba era pertinente. Había sido propuesta en tiempo y forma, guardaba relación directa con el objeto del proceso y podía practicarse en el acto. Además la denegación se protestó.

Resta ahora analizar la posible relevancia de la testifical en cuestión, pues la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba requiere que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento para ser practicada, sea no solo pertinente y posible (que aquí ya hemos dicho que lo fue) sino también necesaria. No tendría sentido, por ejemplo, anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se hacía valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Y en este punto se impone una valoración acorde a la petición del recurrente. Entra dentro de lo posible - incluso dentro de lo probable- que la práctica de la prueba confirme las valoraciones que han sustentado las afirmaciones fácticas que contiene la sentencia recurrida respecto a la intervención del acusado recurrente en los hechos, a la vista de otros testimonios concurrentes, entre ellos el de la víctima. Pero es indudable que para su estrategia defensiva esa prueba es esencial, nuclear, pues con ella pretendía demostrar (en hipótesis que podría ser congruente) que cuando se produjeron los disparos que hirieron al Sr. Adriano , Juan Ignacio , a quien se ha atribuido la autoría material de éstos, había abandonado el lugar precisamente junto al testigo que el recurso reclama. Que el Tribunal haya valorado otras pruebas en sentido contrario, o que las declaraciones del testigo Sr. Ceferino , como argumenta el Fiscal, no hayan sido lineales en sus distintas intervenciones, no es razón para descartar esa hipótesis. Justamente lo que pretendía la defensa era ofrecer al Tribunal otro medio de prueba para variar su opinión, y el momento idóneo para valorar las posibles contradicciones en que hubiera podido incurrir el testigo a lo largo de la instrucción, es precisamente a través de su testimonio en el acto del juicio oral.

Al paso de lo expuesto por el Fiscal en su pormenorizado informe, haciendo uso de las facultades que nos confiere el artículo 899 LECRIM , hemos podido comprobar que en las dos declaraciones que prestó a presencia judicial el testigo no se aprecia una contradicción evidente. En la primera, de 15 de marzo de 2011 (folios 413-415), dijo haber recogido al acusado Juan Ignacio del lugar de los hechos cuando comenzó la discusión entre el posteriormente herido y el otro acusado, y llevárselo en su coche. A continuación, consta una declaración suya en sede policial, prestada el 3 de noviembre de 2011 (folio 482), a raíz de haberse localizado en un vehículo implicado en la investigación ropas manchadas con sangre coincidente con su perfil genético. Entonces explicó la razón del hallazgo y sobre los hechos objeto de investigación, a la pregunta sobre «si recuerda donde se encontraba el pasado 14/07/2010 desde las 22.00 horas hasta las 03.50 horas



del 15/07/2010» dijo simplemente «que se encontraba solo en el Pub Denis, tomando unas copas», y se negó a contestar más preguntas sobre los mismos. En la siguiente declaración, prestada el 24 de enero de 2012 (folios 501 y 502), otra vez a presencia judicial, habló de nuevo de la razón que justificaba la presencia de ropa manchada con su sangre, lo que, como hubiera hecho ya ante la policía, desvinculó de éstos hechos, respecto a los que se limitó a decir que «no estuvo presente cuando se produjo la pelea», para, a continuación, ratificarse en la declaración anteriormente prestada en el procedimiento.

Ahora en casación no podemos más que constatar que la prueba era además de pertinente, razonablemente necesaria (no podemos anticipar su resultado: ciertamente es posible que al final no altere lo que ha considerado acreditado el Tribunal; pero tenemos que contar con que introduzca otro elemento apto para variar ese juicio). Asimismo, era posible y no puede achacarse su no práctica a actitud negligente de la parte.

Es cierto que la estimación del recurso y la consecuente nulidad aumentará aún más demora en la finalización del proceso. Pero es una cuestión que el Tribunal de instancia hubo de sopesar antes de rechazar una prueba que, como hemos dicho, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala anterior al enjuiciamiento, fue propuesta en condiciones admisibles, de incuestionable importancia para la defensa, y de fácil práctica, ya que el testigo se encontraba en la sede del tribunal. Ni siquiera puede argüirse que se trataba de un testigo sorpresivo, cuando el mismo había intervenido en varias ocasiones en la instrucción. Por el contrario, persistió en su negativa una vez la defensa reiteró su petición una vez concluida la práctica de toda la prueba testifical, presente también en ese momento el testigo en dependencias judiciales, rechazando la posibilidad de hacer uso de la facultad que propicia el artículo 729 LECRIM .

El motivo analizado ha de prosperar.

TERCERO.- A tenor de lo que se ha argumentado en el fundamento precedente, procede declarar la nulidad del juicio celebrado ante la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, a por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE). La nulidad que se acuerda conlleva la retroacción de las actuaciones al momento de señalamiento de la vista oral del juicio, debiéndose celebrar un nuevo juicio por un Tribunal diferente.

Como adelantamos en el fundamento primero de esta resolución, el acogimiento del motivo planteado impide entrar a conocer de los restantes motivos del recurso que se estima, así como de los planteados por el otro recurrente también condenado por la sentencia que se anula.

CUARTO.- Habiéndose estimado el recurso procede declarar de oficio las costas procesales (Art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR al recurso de casación por infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación procesal del acusado Juan Ignacio , sin entrar a conocer del interpuesto por la representación procesal del otro acusado Luis Manuel , contra la sentencia dictada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería de fecha 22 de noviembre de 2016 en el procedimiento de Sumario Ordinario 34/2014, cuya nulidad declaramos, así como la del juicio que la precedió. Esta declaración conlleva la retroacción de actuaciones para la celebración de una nueva vista oral ante un Tribunal diferente, en el que se practique la prueba denegada, de ser de nuevo propuesta en forma, y la restante admitida o que el Tribunal admitiere en el momento.

Se declaran de oficio las costas procesales.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia