



Roj: **STS 3015/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3015**

Id Cendoj: **28079120012018100384**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/07/2018**

Nº de Recurso: **10747/2017**

Nº de Resolución: **386/2018**

Procedimiento: **Penal. Jurado**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 8458/2017,**
AATSJ CAT 637/2017,
STS 3015/2018

RECURSO CASACION (P) núm.: 10747/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 386/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Luciano Varela Castro

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por **D. Emiliano**, representado por la procuradora Dña. María Isabel Afonso Rodríguez y defendido por el letrado D. Benet Salellas Vilar, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 6 de noviembre de 2017, en apelación de la sentencia dictada por la Magistrada Ponente del Tribunal del Jurado 1/2014 del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, por delito de homicidio, siendo también parte el Ministerio Fiscal; y como parte recurrida Dña. Celsa y D. Marino (acusación particular) ambos representados por el procurador D. José Rafael Ros Fernández.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andres Martinez Arrieta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de noviembre de 2017, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en apelación de la sentencia dictada por la Magistrada Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del Procedimiento del Jurado 1/2014 del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, por delito de homicidio con los siguientes HECHOS PROBADOS: El día



13 de marzo de 2017, en la causa antes referenciada, recayó Sentencia en cuya relación de hechos probados se hacen constar como tales los siguientes:

"Conforme al VEREDICTO DEL JURADO se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO. - En la madrugada del día 10 de abril de 2014 sobre las 5:30 horas, a la salida de la sala Bikini sita en la Avenida de la Diagonal n° 517 de la ciudad de Barcelona, se produjo una pelea en el transcurso de la cual, Emiliano , mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, agredió a Segismundo cuando éste se encontraba en la zona cercana a las vías del trambaix, golpeándolo en la región posterior del hombro izquierdo, ocasionándole herida incisa de cinco milímetros que tardó en curar 5 días precisando primera asistencia facultativa y quedando como secuela una cicatriz puntiforme casi imperceptible en el hombro derecho a nivel de la cabeza humeral.

SEGUNDO. - Transcurrido un breve espacio de tiempo, Emiliano , portando en la mano una navaja, se aproximó a Víctor que se encontraba en la esquina de calles Pau Romeva-Diagonal y, movido por el propósito de acabar con la vida de Víctor o, en todo caso, asumiendo que tal desenlace pudiera producirse a resultas de su acción lo apuñaló, produciéndole herida precordial con perforación de la arteria pulmonar y el propio pulmón lo que ocasionó un shock hemorrágico a resultas del cual fue asistido en el lugar de los hechos por el SEM y trasladado al Hospital Clínico de esta ciudad donde falleció, a causa de tales lesiones, ese mismo día.

Emiliano al atacar a Víctor propinándole la puñalada mortal, actuó aprovechándose de la dificultad que entrañaba para la víctima reaccionar eficazmente ante un ataque con arma blanca, así como del hecho de que en la pelea intervinieran un elevado número de personas con gran desproporción numérica con respecto al grupo en el que se encontraban Víctor , Marino , Segismundo , Carlos Miguel , Milagros y Luis Alberto ."

La sentencia contiene la siguiente parte dispositiva:

"1.-En virtud del VEREDICTO DE CULPABILIDAD que el Jurado ha pronunciado, CONDENO al acusado Emiliano .1.

I.-Como autor de un delito de homicidio con la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, agravante de abuso de superioridad a las penas de;

a) 12 AÑOS Y 6 MESES DE PRISIÓN e inhabilitación absoluta .durante el tiempo de la condena.

b) PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A las personas de; Alexis , A Aureliano y a Marino sus

domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros en que puedan encontrarse o sea por los mismos frecuentados, durante el plazo de 17 años y 6 meses. (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta)

c) PROHIBICIÓN DE COMUNICARSE con las personas de Celsa , Aureliano y a Marino , con quienes no podrá establecer contacto escrito, verbal o visual por ningún medio de comunicación o medio informático o telemático, por tiempo de 17 años y 6 meses (en cinco años superior a la pena de prisión impuesta) II. - Como autor de una falta de lesiones condeno a Emiliano a las penas de; un mes de multa con cuota diaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y a la pena de PROHIBICION DE APROXIMACION a la persona de Segismundo , a su domicilio, lugar de trabajo, o cualquier otro en que pueda hallarse o frecuentar, durante el plazo de seis meses. Así como a la pena de PROHIBICION DE COMUNICACIÓN con la persona de Segismundo , con quien no podrá establecer contacto escrito, verbal o visual por ningún medio de comunicación o medio informático o telemático por igual tiempo de 6 meses.

2.-CONDENO al acusado Emiliano al pago de las costas procesales, con inclusión de las de la acusación particular;

3.- En concepto de responsabilidad civil el acusado deberá abonar a las personas que se mencionan las siguientes cantidades indemnizatorias, que devengarán todas ellas, el interés legal incrementado en dos puntos, desde la fecha de esta resolución;

a) A Celsa la suma de 60.000 euros

b) A Aureliano ; la suma de 60.000 euros

c) A Marino ; la suma de 40.000 euros.

d) A Segismundo , la suma de 540 euros.

Provéase sobre la solvencia del acusado. Para el cumplimiento de la pena que se impone se declara de abono el tiempo que el mismo haya estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez días, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Esta es la sentencia que, como Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado, pronuncio y firmo".

SEGUNDO.- El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal dictó el siguiente pronunciamiento: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Emiliano contra la sentencia dictada en fecha trece de marzo de dos mil diecisiete por la Magistrada-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Procedimiento núm. 20/16, derivado de la Causa de Jurado núm. Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona.

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

Con fecha 9 de noviembre de 2017 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal dictó el siguiente pronunciamiento: el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal ha decidido: ACLARAR la sentencia dictada el 6 de noviembre de 2017 (núm. 33/2017) en el presente Rollo de apelación, de manera que donde dice, en su fundamento de derecho segundo, párrafo cuatro (pág. 15) "La transcripción de su declaración sumarial grabada el día 28 de mayo 2017 fue unida, con la oposición de la defensa del recurrente...", debe decir "La transcripción de su declaración sumarial grabada el día 28 mayo **2014** fue unida, con la oposición de la defensa del recurrente...".

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

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

PRIMERO.- Plantea el recurrente dos submotivos:

- A) Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 882 de la LECRim ., por infracción del art. 24 de la CE en relación al derecho a un proceso con todas las garantías.
- b) Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 882 de la LECrim ., por infracción del art. 24 de la CE en relación al derecho a un proceso con todas las garantías.

SEGUNDO.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y en el art. 882 de la LECrim ., por infracción del art. 24 de la Constitución en relación al derecho a la presunción de inocencia al entender el recurrente que la condena por homicidio con abuso de superioridad se ha producido sin prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, sobre la base de descartar las pruebas valoradas que son objeto de impugnación en el motivo anterior.

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

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 27 de junio de 2018 se señala el presente recurso para fallo para el día 17 de julio del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia cuya impugnación casacional conocemos a través del presente recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en apelación de la dictada por el Tribunal de Jurado que condenó al recurrente como autor de un delito de homicidio concurriendo la circunstancia de agravación de abuso de superioridad. También es condenado por una falta de lesiones a una pena de multa. Formaliza una impugnación cuya base argumentativa radica en el cuestionamiento que el recurrente realiza por la utilización de la prueba del sumario, las declaraciones de testigos de las que se desdijeron en el juicio oral. El cuestionamiento se plantea en una doble dirección. Por una parte, porque se ha incumplido el artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado , a cuyo tenor "las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de la prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados". En una segunda dirección impugnativa refiere que tales declaraciones en el sumario se efectuaron cuando se había acordado el secreto de las actuaciones y, por lo tanto, sin la contradicción necesaria para su valoración. En un segundo motivo de oposición cuestiona la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues, argumenta, excluida de la actividad probatoria la prueba del sumario



indebidamente incorporado al juicio oral y valorada por el jurado, el pronunciamiento condenatorio no asienta en una actividad probatoria con el carácter de cargo que precisa la correcta enervación del derecho que invoca como fundamento de su impugnación. En el último motivo plantea un error de derecho por indebida aplicación, al hecho probado, de la agravante de abuso de superioridad.

Con carácter previo al análisis de la impugnación hemos de precisar, reiterando lo que constituye una reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia 263/2018, de 31 mayo, que las tradicionales limitaciones de recurso de casación rigen también respecto a las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en apelación de la dictada por el Tribunal de Jurado. La competencia de esta Sala se contrae a verificar la correcta aplicación de la norma, sustantivo o procesal, sobre el objeto del proceso. Las respectivas competencias del Tribunal Superior y las de esta Sala, son distintas y no pueden ser usurpadas por esta Sala convirtiendo a la sala de casación en una segunda apelación. El ámbito de lo que es controlable a través del recurso de apelación y el de casación no es coincidente, es más amplio la apelación, pues así lo expresa el artículo 846 bis c) cuyo contenido de revisión es más amplio que el propiciado por los artículos 849, 850, 851 y 852 de la Ley procesal. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que conoce de la apelación ha satisfecho el derecho del condenado a la revisión de la sentencia condenatoria, proclamado por los tratados internacionales. La casación no es una tercera instancia revisora del derecho fundamental a la presunción de inocencia, sino que debe limitar su contenido a la función de unificación de la interpretación de la norma asegurando la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la demanda de seguridad jurídica propiciadas por la unificación de la interpretación de la norma.

SEGUNDO. - En el primer motivo de la impugnación denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que concreta que la inobservancia del artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado "por la utilización de las declaraciones efectuadas en la fase sumarial como elemento de convicción en la atribución de la autoría de los hechos al acusado".

El recurrente transcribe el artículo 46.5 LOTJ y refiere que no existiendo otras pruebas que permitieran atribuir al señor Emiliano la autoría de los hechos, la utilización como auténtico valor de prueba las declaraciones incriminatorias y las identificaciones de dos testigos practicadas bajo secreto de actuaciones en fase sumarial y que en sede de juicio oral fueron desmentidas, supone una conculcación del derecho a la presunción de inocencia. Se refiere a las declaraciones de los testigos, amigas del acusado, Lidia y Loreto, que pese al reconocimiento del acusado como autor del hecho realizado en su declaración el juzgado de instrucción, se retractan, afirma, en el juicio oral ante el Tribunal del Jurado que, no obstante, declara su convicción sobre la base de la mayor credibilidad de las declaraciones del sumario. El Jurado analiza su retractación y declara la mayor credibilidad de la declaración sumarial desde el temor y miedo que le proporcionaba la presencia del acusado y la inseguridad del espacio del juicio donde se celebró esa declaración. El recurrente, por el contrario, arguye que el artículo 46.5 de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado no permite la incorporación de esa prueba y que, en todo caso, esa prueba no se practicó en condiciones inobjetables, sino que las testigos han manifestado en el juicio que fueron presionadas por la policía.

El recurrente parte de una consideración general consistente en negar la posibilidad de valorar las declaraciones vertidas en fase de instrucción cuando el testigo se retracta de esa declaración incriminatoria en el juicio oral. Esta consideración general de la que parte recurrente no se acomoda a la jurisprudencia esta Sala y del Tribunal Constitucional. La sentencia 142/2015, de 27 febrero, es clara al respecto y recoge la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que declara la habilidad de esa prueba para conformar la convicción judicial.

"Las diligencias sumariales, también las personales, siempre que hayan sido debatidas en el juicio oral son prueba utilizable. El acceso al acto del juicio oral en alguna forma (como puede ser su lectura o aportación de testimonios) permite valorar como material probatorio las declaraciones en fases previas y legítima desde el punto de vista de la presunción de inocencia, una condena que busque apoyo probatorio en esa prueba, inicialmente sumarial pero que se convierte en prueba del plenario.

Muestra representativa de este postulado es la STC 284/2006, de 9 de octubre: «Por otro lado, respecto de las declaraciones efectuadas durante la fase de instrucción cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal ha exigido en los supuestos previstos en los artículos 714 y 730 LECrim que el contenido de la diligencia practicada en la instrucción con los testigos o imputados se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios, pues de esta manera, ante la rectificación o retractación de la declaración operada en el acto del juicio oral, o ante la imposibilidad material de su reproducción, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción. **En el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado modifique o se retracte de anteriores manifestaciones se le puede sugerir que explique la**



diferencia o contradicción, siendo este interrogatorio posterior a la lectura de las anteriores declaraciones realizadas en presencia y con el protagonismo de las partes, el que hemos considerado que satisface las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia; de manera que, si se cumplen las exigencias indicadas, el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo las alegaciones que considere oportunas " SSTC 265/1994, de 3 de octubre, F. 5 ; 155/2002, de 22 de julio, F. 10 ; y 190/2003, de 27 de octubre , F. 3, entre otras).

... El órgano judicial expuso las razones por las que se atribuía mayor credibilidad a la primera declaración judicial: entre otras, contaba con asistencia letrada; el agente negó que le aconsejara declarar en determinado sentido; la máxima de la experiencia relativa a la mayor veracidad de las declaraciones más próximas a los hechos; que se dirigiera a un cajero a sacar dinero no explicaba satisfactoriamente por qué se encontraba solo en el parking de la discoteca. En consecuencia, con arreglo a la doctrina antes expuesta, mediante el interrogatorio practicado en el juicio oral a instancias del Ministerio Fiscal sobre la contradicción de las declaraciones del imputado, el resultado de la diligencia instructora accedió al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria (publicidad, intermediación y contradicción) y teniendo por tanto validez para fundar la convicción del juzgador, ya que la defensa pudo combatir el contenido de la primera declaración (aduciendo en el caso que se le orientó a que declarara en determinado sentido) y el órgano judicial otorgar mayor credibilidad al testimonio que le ofreció mayor verosimilitud y fundar sobre él la condena, motivándose también razonablemente los motivos de ello».

La doctrina ha seguido reiterándose: la STC 10/2007, de 15 de enero .

Insistiendo en esa exégesis la STS 653/2010 de 7 de julio : "La interpretación de este precepto cuenta con un consolidado criterio jurisprudencial, fraguado sobre la base de su propia dicción literal y de la Exposición de Motivos de la LOTJ que lo inspira, la cual -como han recordado las SSTS 435/2007 y 649/2000 , entre otras- señala el escaso valor concedido tradicionalmente a las pruebas practicadas en el plenario, abogando por un mayor predominio de la prueba practicada ante los jurados encargados del enjuiciamiento (apartado III, inciso 1), en aras de preservar la oralidad, la intermediación y la publicidad en su práctica ante el propio tribunal popular (apartado IV, inciso 3). Ello no obstante, como han puesto de manifiesto también varios precedentes de esta Sala (por todas, SSTS 2049/2002 ó 970/2001), el desarrollo de dicho criterio inspirador no puede conducir a sobredimensionar la propia dicción de la Ley del Jurado para entender que la misma excluya, sin más, el procedimiento de confrontación que prevé el art. 714 LECrim , pues, lejos de ello, tal confrontación es expresamente autorizada en el art. 46 LOTJ .

Más recientemente reproducía esa tesis la STS 1060/2013, de 23 de septiembre . La STS 40/2015, de 12 de febrero .

"no puede pues considerarse admisible en términos constitucionales la exclusión de cualquier medio de prueba si no existe una finalidad constitucionalmente legítima que lo justifique. "No admitir la prueba practicada con las debidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes, pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías." (STC 41/1991, de 25 de febrero , FJ 2).

.....

"6. 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 accedida en el 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".

También la STS 894/2016, de 29 de noviembre , Con respecto a la valoración de la prueba del sumario y, concretamente, de las declaraciones sumariales conforme al art. 46.5 de la LOTJ , esta Sala tiene declarado, por todas las SSTs. 40/2015 de 12.2 , 1033/2009 de 30.9 que el Tribunal del Jurado es un órgano jurisdiccional más, incluido dentro de la organización judicial española en el ámbito de la justicia penal, de tal manera que, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de las peculiaridades de cada tipo de procedimiento, los principios, las reglas y los criterios que se tienen en cuenta en relación a los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los que se ejercita la pretensión penal no pueden verse substancialmente afectados por el hecho de que el enjuiciamiento se realice ante uno u otro Tribunal, diferenciados entre sí por su composición con jueces profesionales o legos, pero sujetos unos y otros en la misma medida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

.....

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

En alguna de las Sentencias transcritas se ha presentado, junto al argumento mayoritario que expresa el Magistrado ponente, alguna discrepancia expresada en Voto particular al que nos remitimos para expresar las diversas opiniones que el tema planteado comporta.

Así pues fue legítima la valoración por parte del jurado y la toma en consideración por el Tribunal Superior de Justicia de las declaraciones prestadas en fase de instrucción en sede judicial por los testigos.

Una segunda dirección de la impugnación es la referida a las condiciones de la testifical valorada. Las declaraciones de los dos testigos se realizaron cuando las diligencias estaban bajo el secreto de las actuaciones, por lo tanto, vedadas a la actuación de la defensa del acusado que no intervino en su declaración. No obstante, recordamos que una vez levantado el secreto se reprodujo la declaración de los testigos, esta vez con asistencia de la defensa del acusado, en el que se retractaron parcialmente de la declaración.

No obstante procede aclarar un extremo de la impugnación. No abordamos ahora la impugnación desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que será objeto de análisis en el siguiente motivo aunque ya anticipamos que sobre el objeto del enjuiciamiento y la participación de este recurrente, hubo actividad probatoria suficiente. Aquí solo nos referimos a las condiciones en las que el testimonio retractado puede ser objeto de valoración.

La doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la contradicción efectiva que constituye la premisa básica para valorar una prueba de carácter personal, enmarcada dentro de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción efectiva parte de asegurar la, esto es asegurar la defensa del imputado al tiempo de producción de la prueba y de garantizar su existencia a lo largo del procedimiento. En este sentido la sentencia 1028/2013, de uno de diciembre, afirma *El problema está ligado más al derecho a interrogar a los testigos de cargo proclamado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que al de la publicidad del juicio oral. La lectura se hace públicamente y en el plenario.*

Según el TEDH basta con haber tenido la posibilidad de interrogar. No es exigible un interrogatorio efectivo.

...

El principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable" (SSTC 80/2003, 187/2003, 134/2010).

Caben idealmente tres situaciones:

- a) Que la falta de contradicción traiga como causa una conducta desidiosa o negligente o imputable a la parte (estaba en rebeldía; no formuló pregunta alguna; incomparció pese a ser convocada; no asistió a la prueba anticipada).*
- b) La ausencia de una posibilidad de interrogar al testigo de cargo es fruto de una mala gestión procesal achacable al órgano judicial (no se preconstituyó la prueba pese a que las circunstancias -enfermedad avanzada o previsible ausencia- invitaban a ello; se omitió la citación de la defensa debidamente personada...);*
- c) Casos en que la inexistencia de un momento para que la defensa pueda interrogar al testigo de cargo no es achacable ni a las partes ni a los agentes estatales (el sumario estaba declarado secreto; falleció el testigo inesperadamente; no se había averiguado todavía la identidad del imputado).*

El criterio empleado por el TC para determinar cuándo un testimonio prestado sin contradicción puede ser usado como prueba de cargo, única o complementaria, no es el de la atribución al propio imputado o de la falta de contradicción, sino el de no atribución al órgano judicial, criterio más amplio y que acogerá más supuestos de admisibilidad de prueba de cargo sin plena contradicción. Así, por ejemplo, cuando la declaración tiene lugar sin la presencia de la defensa por hallarse la causa bajo secreto; o cuando se produce en una fase procesal en la que el sujeto a quien apunta la incriminación aún no ha adquirido la condición de imputado. En tales casos, la ausencia de contradicción del testimonio prestado en instrucción no es imputable a la negligencia o errores del órgano judicial, sino a factores o instituciones inherentes al sistema procesal. Por tal razón, el TC entiende que

una condena basada en tales testimonios no vulnera el derecho a un proceso equitativo. En este marco es bien el argumento del recurso del Fiscal: el sumario estaba declarado secreto.

El Tribunal Constitucional afirma la compatibilidad del mecanismo del art. 730 LECrim con las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías y en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo. Han de concurrir unos requisitos adicionales; (SSTC 148/2005 , 12/2002 209/2001 ; a saber, i) que la diligencia sea intervenida por la autoridad judicial (SSTC 12/2002 , 187/2003 , 1/2006), lo que aquí no supone problema alguno; ii) que se haya dado oportunidad efectiva a la defensa del inculcado a participar activamente en la práctica de la diligencia sumarial cuando sea factible; iii) que se hayan realizado los esfuerzos razonables conducentes a conseguir la presencia en el plenario del testigo.

...

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es punto de referencia inevitable en esta temática. Aunque enfatiza siempre al derecho a interrogar a los testigos de cargo consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo consagrado en los artículos. 6.1 y 6.3.d) CEDH , en sus últimos pronunciamientos no hace de la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción un problema de radical invalidez o inutilizabilidad. Matiza incluso el axioma según el cual no podría ser la prueba única o decisiva. No siempre será imprescindible que esté acompañada de otras. Se detecta una evolución en relación a posiciones anteriores en las que buscaba apoyo la Audiencia Provincial.

El TEDH reconoce que la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d) del art. 6 CEDH , siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/ Austria de 26 de abril de 1999-. El acusado ha de tener una oportunidad adecuada y concreta de impugnar e interrogar a un testigo que declare en su contra, bien en el momento de prestar declaración bien en una fase posterior del procedimiento.

El Tribunal flexibiliza el modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado (-Caso S.N c/Suecia, de 2 de julio de 2002-. caso Bocos-Cuesta c/Holanda, de 10 de noviembre de 2005; caso P.S c/Alemania, de 20 de diciembre de 2001; caso A.M c/ Italia, de 14 de diciembre de 1999) Nuestro Tribunal Constitucional en ese punto parece ser más exigente. No bastará en esos casos la lectura de la declaración policial, sino que será necesaria la comparecencia en el juicio de quienes oyeron tal declaración. Es necesaria la jurisdiccionalización.

El art. 6 del Convenio, siempre según el TEDH no concede al acusado un derecho ilimitado a que se le garantice la presencia de testigos ante el Tribunal. Corresponde a los Tribunales nacionales decidir si es necesario o conveniente escuchar a un testigo (-Caso Isgró c/ Italia, de 19 febrero 1991, apdo. 34; caso Lüdi c/ Suiza, de 15 junio 1992). La solución no puede ser la misma si fallaron las partes (tuvieron posibilidad de contradicción pero no la aprovecharon) o fallaron los agentes estatales, o, por fin, si no cabe dirigir reproche a nadie.

En el caso, las dos testigos declararon el sumario a presencia de las partes y en el juicio oral. El Tribunal de Jurado percibió la testifical, concretamente, de la testigo Loreto , la cual que si bien no ratificaba los reconocimientos de identidad que hizo del acusado, si declaró que "si en su momento lo dijo sería la verdad" respondiendo a las preguntas del Ministerio Fiscal que "ahora mismo no lo reconozco pero sin momento dije que eran ellos qué es lo que pensé en ese momento", lo cual es indicativo de que no es una completa retractación sino modulación de su respuesta que el tribunal ha valorado.

TERCERO.- En el tercer motivo denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. El argumento del recurrente es el de reiterar el contenido de los anteriores motivos, si las declaraciones de las testigos Loreto y Lidia , no eran susceptibles de valoración no existió la precisa actividad probatoria.

El motivo se desestima. Basta con remitirnos a la motivación de la sentencia del Tribunal del Jurado, folios 20 y siguientes, y al contenido de la sentencia de la apelación para constatar la existencia de la precisa actividad probatoria, regularmente obtenida, con el sentido preciso de cargo para afirmar el hecho probado y la participación en el mismo de recurrente. El tribunal del jurado ha afirmado la participación de derecho del acusado, y la sentencia de la apelación confirma la racionalidad la convicción expresada la motivación de la sentencia, y lo hace, desde el análisis de la prueba testifical, no sólo estas dos testigos que se han retractado en el juicio, sino la declaración del primer testigo, Benedicto , conocido del acusado que declaró a partir de la grabación del suceso delictivo siendo su testimonio relevante en la medida en que ni es conocido del agredido, no es de su círculo de amistades, ni participa del grupo del agresor, "apareciendo desde una posición completamente neutral que inspira, como decimos, total credibilidad". Su testimonio lo es desde el conocimiento que tiene el acusado y el visionado de la grabación. La sentencia del Tribunal de Jurado valora



el testimonio de los dos testigos que se han retractado, en los términos que antes hemos expuesto, y que independientemente de la incriminación si expresan los comentarios de la grabación del hecho, que si bien no es preciso en la determinación y fisionomía del autor, si es posible analizar los testimonios a partir de la complejión y de la ropa que llevaba, particularmente la gorra que portaba. Particular importancia tiene esta grabación de los hechos pues en relación con la intervención de la ropa en el domicilio del acusado que permite comprobar la correspondencia entre esa ropa y la portada el día de los hechos por el individuo que realizó la agresión. Igualmente la testifical de Segismundo del que destaca el Tribunal que afirmó a la llevanza de una navaja lo cual ha permitido clarificar el visionado de la grabación así como los testimonios de Luis Alberto . En definitiva, la grabación de los hechos, la correspondencia con la ropa del acusado, y las testificales, incluido los reconocimientos de identidad, analizadas racionalmente desde la inmediación y la motivación de la sentencia permiten declarar, como ya lo hizo el tribunal superior de justicia, la correcta enervación del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

CUARTO.- En el cuatro motivos de la impugnación cuestiona el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 22.2 del Código penal , la agravante de abuso de superioridad.

La vía impugnatoria elegida por el recurrente exige partir del hecho probado y discutir la errónea aplicación del artículo 22.2 del Código penal , agravante de abuso de superioridad que se considera indebidamente aplicada.

Concurre la agravante de abuso de superioridad cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito y el elemento subjetivo de abuso de superioridad reside en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala, como es exponente la Sentencia 85/2009, de 6 de febrero , en la que se declara que para que concurra abuso de superioridad es preciso que se dé un importante desequilibrio de fuerzas a favor del agresor; que de él se siga la notable disminución de las posibilidades defensivas del ofendido; que esta situación de asimetría fuera deliberadamente ocasionada, o, conocida, exista un aprovechamiento de la misma; y, en fin, que esa situación de ventaja de la que se abusa no sea inherente al delito.

El hecho probado la sentencia describe que el acusado apuñaló a la víctima "aprovechándose de la dificultad que entrañaba para la víctima reaccionar eficazmente ante un ataque con arma blanca, así como el hecho de que en la pelea intervinieran un elevado número de personas con gran desproporción numérica respecto al grupo en el que se encontraba la víctima". Desde la situación descrita ningún error cabe declarar cuando el jurado ha declarado probado la situación de inferioridad en que se encuentra la víctima fruto del empleo de un medio peligroso y de la desproporción numérica del grupo asaltante frente al grupo en el que se encontraba la víctima.

Ningún error cabe declarar por lo que el motivo se desestima

FALLO

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

Desestimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de **D. Emiliano** , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 6 de noviembre de 2017 , en apelación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, dimanante del Procedimiento del Jurado 1/2014 del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, por delito de homicidio.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Francisco Monterde Ferrer Luciano Varela Castro

Ana Maria Ferrer Garcia Vicente Magro Servet