

En la Villa de Madrid, a veintidós de noviembre de dos mil once.

En los recursos de casación por infracción de Ley y vulneración de Precepto Constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Sonia Leticia y Emanuel, contra sentencia núm. 3/2011 de fecha 8/2/2001, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su causa Rollo de Apelación 1/2011, que desestimaba los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de fecha 22/9/2010 dictada por el Tribunal del Jurado 3/2010 de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Tercera, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Valencia, que condenaba a aquéllos como autores de un delito de homicidio, y que confirmaba la sentencia apelada en todos sus términos; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes respectivamente representados por los Procuradores D. Jorge Deleito García y D^a María Jesús Mercedes Pérez Arroyo, y defendidos por los letrados D^a Mari Paz Orozco Latorre y D. Miguel Vidal Palomar.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 10 de los de Valencia instruyó la causa 1/2009 contra Emanuel y Sonia Leticia por delito de homicidio, y, una vez concluida, fue elevado al Tribunal de Jurado de la Audiencia Provincial de la Comunidad Valenciana, Sección 3^a que, en la causa núm. 3/2010, con fecha 22/09/2010, dictó sentencia núm. 608/2010, que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y que fue resuelto en el Rollo de Apelación 1/2011 por sentencia de fecha 8 de febrero de 2011, conteniendo los siguientes Antecedentes de Hecho:

“Antecedentes de Hecho.

Primero.- La sentencia recurrida contiene la siguiente declaración de hechos probados:

1.- En el año 2007, la acusada Sonia Leticia, nacida en Honduras el 14-6-1969, sin antecedentes penales y en situación irregular en España, abandonó su país de origen, emigrando a Valencia, donde encontró trabajo de empleada de hogar, instalándose en el domicilio de su compatriota, el también acusado, Emanuel, nacido en Honduras el 14-6-1984, sin antecedentes penales y en situación irregular en España, quien había emigrado a Valencia unos meses antes y en la citada fecha era compañero sentimental de la hija de Sonia Leticia, Carol, de 22 años de edad, teniendo con ésta una hija en común, Grecia nacida el 10-10-2006.

2.- Transcurrido un tiempo de convivencia, Emanuel y Sonia Leticia iniciaron una relación sentimental análoga a la conyugal, manteniéndola en la actualidad.

3.- Carol inició en Honduras una relación sentimental análoga a la conyugal con José Ernesto, emigrando ambos a Valencia, primero aquella en septiembre de 2008 y, al mes siguiente, éste, conviviendo ambos con los acusados, Emanuel y Sonia Leticia, en la vivienda sita en Valencia, calle E., núm.18^a.

4.- En noviembre de 2008 y meses posteriores, con ocasión de no encontrar trabajo José Ernesto, unido al consumo de drogas, se dificultó la convivencia entre las dos parejas, llegando a tomar Carol y José Ernesto la decisión de abandonar España para marcharse a Honduras, donde tenían previsto vivir con la menor Grecia provocando dicha decisión violentas

discusiones con los acusados al no aceptar éstos la misma por considerar que eran una mala influencia para la menor.

5.- La mañana del día 20 de enero de 2009, pasadas las 9:00 horas y encontrándose José Ernesto en el domicilio indicado, descansando en la cama y desnudo, estando ausente de la vivienda Carol, los acusados se dirigieron hacia aquel, portando Sonia Leticia un punzón u objeto similar y Emanuel una navaja. El acusado atacó a José Ernesto, clavándole Emanuel cuatro veces la navaja en la zona del corazón y dos veces en la parte izquierda del cuello, al paso que Sonia Leticia le atacó seguidamente con el punzón, pinchándole dieciocho veces en distintas partes del cuerpo, seccionando, las heridas ocasionadas en el corazón, la 4ª costilla anterior izquierda y el cartílago de la 4ª y 5ª costilla, fracturando la 3ª costilla y atravesando la cavidad torácica, ocasionando 7 heridas en el corazón, 3 heridas en el saco pericárdico y 4 orificios en el pulmón izquierdo; atravesando las heridas del cuello el músculo esternocleidomastoideo, seccionando la vena yugular interna; siendo las 18 heridas restantes, ocasionadas con el punzón, de menor entidad que aquellas, afectando a la región torácica anterior izquierda, región proximal del miembro superior izquierdo, región abdominal a nivel de la espina ilíaca anterosuperior izquierda y brazo derecho.

6.- José Ernesto fue también herido con la navaja en el antebrazo izquierdo con dos cortes de 3 y 0,7 cms. de longitud y, en el dorso del quinto dedo de la mano derecha, con un corte de 2,4 cms de longitud.

7.- Las heridas causadas a José Ernesto en la zona del corazón y del cuello ocasionaron la muerte al mismo en breves instantes, siendo causadas las heridas punzantes restantes inmediatamente después de aquellas y en momentos muy próximos a la muerte.

8.- Emanuel y Sonia Leticia, tras dar muerte a José Ernesto, sacaron de la vivienda el cadáver en el interior de una maleta que había en la habitación que éste ocupaba, de 70x30x45 cms, habiéndole atado con cinta adhesiva los pies, brazos y manos y cubierto con una bolsa de plástico la cabeza, dejando la maleta abandonada con el cadáver en su interior en un descampado, entre unas malezas, situado en la calle Mistral de Valencia, a unos 400 metros de su vivienda.

9.- A continuación, los acusados limpiaron y ordenaron la casa, arrojando a un contenedor de basura de la calle algunos de los efectos relacionados con los hechos, los que no han sido recuperados.

10.- Sobre las 12:00 horas y concluidas las anteriores operaciones, Emanuel llamó desde su teléfono móvil a un compañero de trabajo, no llegando a hablar con éste al no coger el teléfono, abandonando el domicilio, hasta las 18:40 horas en que volvió a la casa.

11.- Sonia Leticia, también sobre las 12:00 horas, llamó por teléfono a su amiga Martha, a quien visitó en su domicilio poco después, invitando la acusada a su amiga a comer en el domicilio de la calle E., 36.18º y, estando ambas en la vivienda, llegó a la misma Carol, preguntando ésta a la acusada por José Ernesto, respondiendo Sonia Leticia que lo había visto salir a las 9:00 horas con unos individuos que no conocía, quienes habían ido a recogerlo, confirmando dicha versión Emanuel cuando, sobre las 18:40 horas, regresó a la casa, añadiendo éste que posiblemente José Ernesto estaría en el País Vasco para trasladar explosivos por dinero.

12.- La maleta con el cadáver fue hallada casualmente el mismo día, sobre las 17:00 horas, por un transeúnte que avisó a la policía.

13.- Al día siguiente, la madre de José Ernesto, Judith, quien reside en Honduras, recibió la llamada de una mujer que, simulando la voz de su hijo, se hizo pasar por éste, diciendo a aquella que se encontraba bien.

14.- Antes de denunciar Carol la desaparición de José Ernesto, fue conminada por Emanuel y Sonia Leticia para que no lo hiciera, decidiendo, finalmente y ante la falta de noticias y versiones incoherentes dadas por éstos, denunciarlo, lo que hizo en la mañana del día 22-1-2009.

15.- Cuando fueron detenidos los acusados, el día 22-1-2009, sobre las 20:00 horas, Emanuel llevaba entre sus pertenencias unos pendientes propiedad del fallecido.

16.- El día 22 de agosto de 2009 nació la hija del fallecido y Carol, quien se le puso el nombre de Ashely Monserrat.

17.- José Ernesto, quien se encontraba descansando en la cama cuando fue atacado, pudo oponer escasa resistencia a Emanuel y Sonia Leticia.

El contenido del veredicto concluyó señalando que Emanuel (sic) y Sonia Leticia son culpables de haber dado muerte inintencionadamente a José Ernesto.

El Jurado estimó que no debía concederse a los acusados los beneficios de la suspensión de la pena, en caso de ser factible tal posibilidad y que no debía proponerse al Gobierno de la Nación el indulto.”

Segundo.- La expresada sentencia contiene el siguiente fallo:

“Fallo: Que conforme al veredicto de culpabilidad emitido por el Jurado de la presente causa, debo condenar y condeno a Emanuel y a Sonia Leticia, como criminalmente responsables en concepto de autores, de un delito de homicidio, con la con la concurrencia de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a la pena, a cada uno de ellos, de prisión de doce años, seis meses y un día, e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, así como al abono de la mitad de las costas procesales.

Por vía de responsabilidad civil, indemnizará el acusado Emanuel a quienes seguidamente se menciona en las cantidades que a renglón seguido se indica:

a.- A Carol la de ciento diez mil euros (110.000,00 €).

b.- A Ashely Monserrat, la de ciento diez mil euros (110.000,00 €).

c.- A José Napoleón y Judiht, la de cuarenta mil euros (40.000,00 €) para ambos conjuntamente.

Las expresadas cantidades devengaran el interés establecido legalmente a contar a partir de la fecha de la presente resolución hasta la del total pago (art. 576.1 y 3 L.E. Civil)

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad que se impone, se abona a los acusados todo el tiempo que hayan estado privado de libertad por esta causa.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados por el delito, aun cuando no estuvieren personados.

Contra esta sentencia se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Valenciana, en el plazo de diez días siguientes a la última notificación. “

Tercero.- Notificada dicha sentencia a las partes:

A) Por la representación procesal de la condena Sonia Leticia se interpuso contra la misma recurso de apelación:

1º) Al amparo del apartado a) del artículo 846 bis c) de la LECr., por infracción del artículo 46.5 de la LOTJ en relación con el art. 714 de LECr.;

2º) Al amparo del apartado b) del mismo art. 846 bis c) LECr., por aplicación indebida del art. 22.2 del CP, y

3º) Al amparo del apartado e) del citado artículo 846 bis c) de la LECr., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

B) Por la representación procesal del condenado Emanuel se interpuso asimismo recurso de apelación:

1º) Al amparo del apartado a) del art. 846 bis c) LECr., por infracción del art. 52.1.a) y c) en relación con el art. 37 a) LOTJ;

2º) Al amparo del mismo apartado y precepto, por infracción del art. 46.5 de LOTJ en relación con el art. 714 de la LECr.,

3º) Al amparo de igual norma y denunciando igual infracción, por entender que se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión, por entender que se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva con indefensión; y

4º) Al amparo del apartado b) del mismo art. 846. Bis c) LECr., por aplicación indebida del art. 22.2 CP.-

C) El MF. formalizó también recurso de apelación al amparo de los arts. 846 bis a) y 846 bis c) apartado b) LECr, por infracción de ley en la determinación de la responsabilidad civil por inaplicación de los arts. 116 CP y 112 y concordantes de la LECr.

Cuarto.- De dichos recursos se confirió el preceptivo traslado a las demás partes, que los impugnaron, remitiéndose luego las actuaciones este Tribunal.

La vista del recurso tuvo lugar el día 1 de los corrientes, en cuyo acto expusieron las partes, en cuanto apelantes y apeladas, lo que tuvieron por conveniente en defensa de sus respectivas posturas procesales.”.

“Fallo: Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por Sonia Leticia, Emanuel y el Ministerio Fiscal contra la sentencia pronunciada por la Sra. Magistrada Presidente Tribunal del Jurado en la causa a que el presente rollo se contrae, cuya resolución confirmamos, con imposición a cada uno de los dos condenados recurrentes de las costas causadas por sus respectivos recurso, sin que deban imponerse las causadas por el recurso del Ministerio Fiscal.
“

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y vulneración de precepto constitucional, por las representaciones procesales de los recurrentes Emanuel y Sonia Leticia, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los procesados basan su recurso en los siguientes motivos de casación.

I. Recurso de Sonia Leticia.

Primero.- Con referencia al primero de los motivos esgrimidos por esta defensa, que es por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, previsto en el art. 24.2 CE porque atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base razonable la condena impuesta, párrafo e) del art. 846 bis c) de la LECrim.

Submotivo Primero.- Tanto durante la declaración de Emanuel, como la de Sonia Leticia, se aportaron por el Ministerio Fiscal el testimonio de la declaración de éste en la Comisaría de Policía, sin embargo, la incorporación de esta prueba que forma parte del sumario no se hizo con las debidas garantías, ni tampoco siguiendo la tramitación adecuada para considerarla válidamente aportada al plenario.

Submotivo Segundo.- Funda el Tribunal del Jurado, a través de lo expuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 22 de septiembre de 2010 la condena de Sonia Leticia en unas supuestas manifestaciones realizadas por Emanuel en el momento de su detención.

Submotivo Tercero.- La segunda cuestión a tener en cuenta es la absoluta falta de prueba en contra de mí representada, sin que exista a lo largo de todo el procedimiento ningún elemento que relacione a mí representada con la muerte de José Ernesto.

Motivo Segundo.- En relación al tercer motivo del recurso de casación que invocamos, por infracción de Ley, consideramos infringido el art. 22.2 CP, lo que tiene su relevancia en la aplicación del art. 66 CP.-Este motivo de recurso también fue, como los anteriores, objeto de recurso de apelación, resolviendo la sentencia ahora recurrida, en su Fundamento de Derecho Tercero, que de los hechos declarado como probados en la sentencia por el tribunal del Jurado se revela inequívocamente la circunstancia agravante de abuso de superioridad.-Sin embargo, esta parte considera, que de los hechos declarados probados por la sentencia no se infiere la situación de superioridad a la que hace referencia el art. 22.2 CP. Estable el art. 22.2 CP que supone una circunstancia agravante de la responsabilidad penal ejecutar el hecho con abuso de superioridad.

Motivo Tercero.- En relación con el último de nuestros motivos de casación es por infracción de Ley del art. 849.2 LECr., en relación con el informe pericial de ADN que obra a los folios 576 y

ss. del procedimiento.-Tal y como se indica en el motivo Primero de Para ello, nos remitimos a lo ya expuesto en el primer motivo del recurso, apartado tercero, y ello por cuanto de lo establecido en dicho informe pericial, en absoluto puede desprenderse la participación de Sonia Leticia en los hechos, ya que no aparece ningún vestigio suyo que la relacione con los mismos. -sic-

II. Recurso de Emanuel:

Primero.- Por infracción de ley.

Establece el art. del art. 849.1 LECrim. que se entenderá que ha sido infringida la ley a los efectos de procedencia del recurso de casación, cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal.

Ciertamente, ha quedado vulnerado el art. 24.2 de la Constitución Española en relación con el art. 22.2 del CP por indebida aplicación del mismo. -sic-

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución e interesó la inadmisión de los mismos y subsidiariamente su impugnación; la Sala admitió los recursos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento se celebró la votación prevenida el día 15 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Emanuel.

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de ley, art. 849.1 LECr., por vulneración del art. 24.2 CE en relación con el art. 22.2 CP por indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad.

Se argumentaba en el motivo que como del informe médico forense (folio 116 ó 447) se extrae la conclusión de que las heridas punzantes -que son las que según el relato de hechos probados fueron originadas por Sonia- presentaban escasos signos de reacción vital por lo que únicamente se puede determinar que fueron producidas en un periodo perimortal, ello induce a pensar que pudieron producirse después de la muerte y si así fuere la relevancia de la actuación de Sonia en el devenir de los acontecimientos fue nula y no se puede sostener que tuviese suficiente entidad como para poder sostener la presencia de la circunstancia agravante en la actuación del recurrente.

El motivo debe ser desestimado.

El abuso de superioridad, circunstancia agravante genérica recogida en el art. 22.2 CP, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, STS 21.3.2000, 14.9.2006; 10.11.2006; 18.5.2007; 26.11.2008; 9-12-2009; 2-10-2010; 30-3-2011, exige la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia. Bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2) Esta superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.

3) A tales elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aproveche de ella para más fácil realización del delito. Este elemento subjetivo supone la intencionalidad en este abuso prepotente "superioridad que se haya buscado de propósito", o, al menos, aprovechada", o sea "su aprovechamiento intencional", no apreciándose cuando es "no buscada ni siquiera aprovechada, sino simplemente surgida en la dinámica comisiva".

4) Que esa superioridad de la que sí abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Por otro lado, hemos dicho también en STS 851/98 de 18-6, que no es, sin embargo, la circunstancia de abuso de superioridad una agravante de naturaleza estrictamente objetiva sino mixta y así se expresa en la sentencia de esta Sala de 13-4-98, que para que se afirme su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y preeminencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aproveche, a su favor y en perjuicio del ofendido del desequilibrio de fuerzas entre los dos existente, y el elemento subjetivo de la agravante reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en lo representativo de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.

En el caso presente se ha de partir de las proposiciones del objeto del veredicto que el Jurado consideró probados: - "La mañana del día 20.1.2009, pasadas las 9,00 horas y encontrándose José Ernesto...descansando en la cama y desnudo, estando ausente de la vivienda Carol, los acusados se dirigieron hacia aquél, portando Sonia Leticia un punzón u objeto similar y Emanuel una navaja, clavándole Emanuel cuatro veces la navaja en la zona del corazón y dos veces en la parte izquierda del cuello, al paso que Sonia Leticia le atracó seguidamente con el punzón, pinchándole dieciocho veces en distintas partes del cuerpo..."

- "José Ernesto, quien se encontraba descansando en la cama cuando fue atacado, pudo poner escasa resistencia a Emanuel y Sonia Leticia."

Forma de llevar a cabo la agresión, armas utilizadas, número de agresores, situación y lugar en que se encontraba la víctima, rapidez de la muerte dado el lugar del cuerpo -cuello y corazón- donde se produjo, principalmente, la agresión, que justifican sobradamente la concurrencia de la agravante abuso de superioridad, que esta Sala viene aplicando, en general "cuando del uso de armas se trata" (STS 839/2007 de 16/10) o de dos contra uno provistos de armas blancas (STS 16.1.91), "pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una

persona armada y otra inerte” (STS 522/98, de 13-4); en el caso de arma blanca frente a quien no tenía ninguna y estaba algo bebido.

Recurso de Sonia Leticia.

SEGUNDO.- Se fundamenta el recurso en el art. 852 LECr. y art. 5.4 LOPJ, así como en los núm. 1 y 2 art. 849 LECr. por vulneración de garantías constitucionales e infracción de un precepto penal y en el motivo primero denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE porque atendida la prueba practicada en el juicio carece de toda base razonable la condena impuesta, párrafo e) del art. 846 bis c) LECr.

El motivo tras efectuar unas consideraciones generales sobre el ámbito de operatividad y eficacia de este derecho fundamental, entiende que no existe a lo largo del procedimiento prueba de cargo suficiente para considerar a la recurrente autora de los hechos que se le imputan y, además, que la prueba sobre la que se funda la condena no sólo es insuficiente sino que además no cumple con las garantías que la ley procesal recoge por lo que no es hábil para ser considerada prueba de cargo y se articula, a su vez, en tres submotivos:

-El primero se refiere a la imposibilidad de tener en cuenta los testimonios en sede policial de Emanuel y Sonia Leticia.

-El segundo la imposibilidad de valorar el supuesto reconocimiento de los hechos por parte de Emanuel en el momento de su detención, sin presencia de abogado.

-Y el tercero la absoluta falta de prueba para mantener la condena a la recurrente, no pudiendo aceptarse la interpretación que hace el tribunal de la falta de coartada por parte de Sonia Leticia.

1) Previamente -debemos recordar- como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, STS 632/2001, de 28-6; 371/2011, de 19-5; 285/2011, de 20-4; 383/2010, de 5-3, -entre las más recientes- la doctrina que establece que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo “la revisión íntegra” entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la

presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de intermediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio “nemo tenetur” (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que “se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su intima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una

perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

Ahora bien es preciso efectuar una doble reflexión sobre la naturaleza del recurso de casación en relación a los juicios competencia del Tribunal del Jurado.

Con las SSTs. 660/2000 de 12.12, 1126/2003 de 19.12, 41/2009 de 29.1, 168/2009 de 12.2 y 717/2009 de 17.6, debemos recordar que en sus orígenes históricos, la casación no era sino un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera policía jurídica depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad “...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica...” de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurre en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación, bien que esta supla y cumpla con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85, 140/85, y 76/86, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 de 4 de marzo ó 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Asimismo las SSTC 105/03 de 2 de junio, y 116/06 de 24 de abril, vuelven a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984 y no ratificado por España, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos “...aspira a colmar el derecho al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...”, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica- máxime en casos como el presente en el que los motivos son por Infracción de Ley.

De lo expuesto, se deriva con claridad –se dice en la STS. 41/2009 de 20.1- que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser

objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación (STS 255/2007).

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

2) Expuestas estas consideraciones previas y analizando el submotivo primero se concreta en la imposibilidad de tener en cuenta los testimonios presentados por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista en relación con las declaraciones de Emanuel y Sonia Leticia en Comisaría de Policía, dado que tal incorporación no se hizo con las debidas garantías ni tampoco siguiendo la tramitación adecuada, con infracción de los arts. 46.5 LOPJ y 714 LECr.

a) Conviene recordar -dice la STS 653/2010 de 7-7- que el art. 46 LOTJ vinculado a las "especialidades probatorias" de este tipo de proceso, según su propia rúbrica, refiere, en su apartado 5 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 manifiestan en el juicio oral y lo dicho en la fase de instrucción. Sin embargo, no podrá darse lectura de dichas previas declaraciones, aunque se unirá al acta al testimonio que quien interroga debe presentar en el acto. Las declaraciones efectuadas en la fase de instrucción, salvo las resultantes de prueba anticipada, no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados".

Así pues, en el caso de la prueba anticipada, es decir, de aquélla que por diferentes circunstancias no puede ser repetida en el acto de enjuiciamiento, el propio precepto analizado admite su simple reproducción en el acto del juicio, sin diferenciar respecto de las causas en que asimismo se admite la validez excepcional de esta prueba adelantada en los arts. 448 y 449 LECr.

Distinto es el supuesto en el que el testigo (al que debe equipararse el perito, ex art. 724 LECr.) comparece efectivamente a la vista oral, en cumplimiento del mandato de los arts. 702 y 716 LECr., y al hilo de sus manifestaciones en dicho acto se constata, bajo la intermediación del tribunal del jurado, que incurre en contradicciones respecto de lo que hubiese manifestado con anterioridad en otras fases procesales. Es aquí donde cobra valor la negativa a la simple lectura de las declaraciones prestadas previamente y obrantes en autos que preconiza el art. 46.5 LOTJ., en discrepancia con lo dispuesto en los arts. 714.1 y 730 LECr., pero ello no impide que las partes puedan señalar a los testigos y peritos esas mismas contradicciones y pueden así ser objeto del debate, en el ejercicio del principio de contradicción, como autoriza el inciso 2º de art. 714 LECr., el jurado estará así capacitado para tomar conocimiento de tales contradicciones, aunque las actas del sumario no puedan ser leídas literalmente durante el juicio, por así disponerlo el art. 46.5 LOTJ (STS 86/2004). Una interpretación más restrictiva carecería de sentido procesal, al no resultar lógico que, informado de la existencia de contradicciones entre las declaraciones previas y la que el declarante presta en su presencia, se impidieran a los juzgados verificar por sí mismo estas contradicciones.

Precisamente ésa es la razón por la cual el art. 53.3 LOTJ dispone que el acta del juicio, a la que se deben agregar los testimonios de las declaraciones rectificadas, según lo dispuesto en el propio art. 46.5 LOTJ, sea entregada al Jurado antes de que éste pronuncie el veredicto, de manera que la convicción del jurado no se forma con las declaraciones sumariales sino con las manifestaciones expresadas en el juicio a través de las cuales los deponentes se retractan o bien explican sus anteriores declaraciones del sumario, aclarando las eventuales divergencias entre unas y otras, de tal suerte que las declaraciones sumariales son así atraídas y reconducidas al juicio oral y sometidas en él a la debida contradicción de las partes. Desde entonces, constituyen prueba válida y eficaz del plenario, que podrá ser apreciada en conciencia por los jurados, junto con el restante material probatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 741 LECr. (por todas, STS 208/2003 ó 1808/2001).

Igual criterio debe aplicarse a las declaraciones prestadas por el acusado a lo largo del procedimiento: su presencia en el juicio oral resulta inexcusable, por expresa imposición de los arts. 44 y 42.2 LOTJ, preceptuando además este último en su inciso 1º cómo el juicio oral se celebrará “siguiendo lo dispuesto en los arts. 680 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. La propia LOTJ quiebra cualquier interpretación que pretenda negar toda posibilidad de aportación de aquellas declaraciones sumariales al juicio desde el momento en que en el art. 34.3 LOTJ permite a las partes “(...) pedir en cualquier momento los testimonios que les interesen para su posterior utilización en el juicio oral”. Evidentemente entre tales testimonios pueden encontrarse las declaraciones del imputado en fase sumarial, cuya aportación pueden pedir el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular. A través de tales declaraciones sumariales las acusaciones podrán interrogar al imputado en el acto del juicio para que, en caso de ofrecer éste otra versión en dicho acto- por ejemplo, exculpatoria- sobre la base de tales contradicciones puede el tribunal del Jurado estar autorizado para conocer la duplicidad de versiones. Lo que no será posible es proceder a su lectura, por prohibirlo expresamente el art. 465 LOTJ, pero sí se autoriza la incorporación al acta de la vista oral -extendida por el Secretario Judicial -de los testimonios referentes a las declaraciones sumariales que se soliciten, de acuerdo con el art. 34.3 LOTJ, con entrega de una copia del acta del plenario a cada uno de los jurados, tal y como autoriza el art. 53.3 LOTJ (STS 649/2000).

Lo relevante en todo caso es que la confrontación entre lo declarado con anterioridad y en el juicio oral sea directa con la presencia personal del interrogado. Fuera de esos casos no será posible la valoración de las declaraciones sumariales.

En suma, nada impide que los jurados valoren aquellas manifestaciones sumariales que hayan sido introducidas en la vista del modo expuesto, con las debidas garantías procesales.

b) -Respecto al silencio del acusado en el acto del juicio oral, negándose a responder a las preguntas del MF y sí sólo a las de la defensa, hemos dicho en STS 894/2005, de 7-7, que el silencio del acusado sí puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 46.5.1 LOTJ pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a un referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una “contradicción” a los efectos del art. 46.5 LOTJ.

En esta materia debemos recordar:

1) Que según el Tribunal Constitucional los derechos fundamentales no son absolutos.

2) Que el derecho al silencio tiene dos vertientes:

a) Un mandato dirigido a los tribunales y a la policía: favorecer su ejercicio y respetarlo cuando se produce; y

b) Respecto del acusado: facultad de acogerse al mismo con la seguridad de que ello no le supone perjuicio alguno.

3) Que se trata de un derecho de ejercicio sucesivo: tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo.

4) La declaración del acusado supone una renuncia al derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Consecuentemente, no se afecta al núcleo esencial del derecho a no declarar contra sí mismo, cuando reconociendo su valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la LECr. y al amparo del art. 714, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque ésta se haya negado a declarar en el juicio.

Procede por ello, considerar que la calificación del silencio como “contradicción” no afecta a derecho constitucional alguno: la práctica de dicha prueba ha de efectuarse en la forma prevista en el art. 46.5 LOPJ para gestionar las contradicciones en relación con los derechos del acusado:

a) Incorporación al acta de los testimonios.

b) No lectura de los mismos.

c) Apertura de una nueva fase para esclarecerlas. Esta fase se puede cerrar de nuevo si el acusado mantiene la voluntad de no declarar pero, en todo caso, ya se ha respetado el principio de defensa y contradicción (STS 145/85).

En definitiva, el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECr., dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas (STS 20.9.2000) y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECr., unir testimonios de las anteriores manifestaciones inculpativas a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras.

En ambos casos debe considerarse que la presencia en el acto del juicio y la evaluación judicial de su silencio permiten dar valor a sus declaraciones sumariales porque de nuevo, la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho de guardar silencio.

En efecto, el derecho a no declarar del acusado no comporta su derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores. Ese derecho no se extiende a la facultad de “borrar” o “aniquilar” las declaraciones que haya podido efectuar anteriormente si se hicieron con todas las garantías y con respeto, entre otras, a su derecho a

no declarar. Las declaraciones sumariales autoinculpatorias constituyen prueba sobre la que puede edificarse una sentencia condenatoria sin que sea óbice, para ello, que el recurrente se haya negado a declarar en el acto del juicio oral. No puede aducir que no ha podido hacerlas objeto de contradicción en el juicio oral, habría posibilidad de desmentirlas y contradecirlas si no lo ha hecho es por libre y voluntaria decisión propia de mantenerse en silencio. No es que no haya podido. Es que no ha querido: le bastaba declarar.

Por una parte el TC en S 219/2009 de 21-12, señaló sobre el particular "...En efecto, al igual que sucedió en los casos de las STC 2/2002, de 14-1, 38/2003 de 27-2; ó 142/2006, de 8-5- en las que abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto- en este caso puede afirmarse que, desde la perspectiva de la inmediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y pudo, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores, atendiendo a las exigencias de posibilidad del debate; el contenido incriminatorio de las declaraciones sumariales en el que se documentaron -en el caso de procedimiento de Jurado mediante la incorporación de los testimonios en que consten- y finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción...al formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones que estimara oportunas. Como recordamos en la STC 142/2006, FJ. 3 "la garantía de contradicción implica...que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de un testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido...".

TERCERO.- En el caso presente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, fundamento jurídico 1º, analiza la cuestión suscitada en el primer motivo del recurso de apelación formulada al amparo del apartado a) del art. 846 bis c) LECr., por infracción del art. 46.5 LOTJ en relación con el art. 714 LECr., explicando lo sucedido en el acto del juicio oral. Así el acusado Emanuel, por medio de su abogado, expresó su deseo de no contestar a las preguntas que le hiciera el Ministerio Fiscal pero sí a las preguntas que le hicieran los abogados defensores.

El Ministerio Fiscal hizo constar las preguntas que hubiera hecho al citado acusado y tras ello procedió este último a contestar las preguntas que le hizo la abogada de la coacusada Sonia Leticia, siendo al término de esa declaración cuando el Ministerio Fiscal interesó que se incorporara al acta el testimonio de las declaraciones del acusado que aportó en ese momento a la vista de las contradicciones que apreciaba y dado que en ese acto no habría querido responder a sus preguntas. Tras la protesta de la parte ahora recurrente y un turno de audiencia al Ministerio Fiscal. Se acordó finalmente por la Magistrada Presidente la incorporación de dichas declaraciones.

En estas condiciones la decisión de que la aportación del testimonio no fue extemporánea debe entenderse correcta. El acusado no se acogió a su derecho a guardar silencio de forma absoluta -lo que hubiera posibilitado la aportación del testimonio en ese momento- sino que manifestó su deseo de responder a las preguntas de las defensas. Resulta, por ello, evidente, que sólo después de haber contestado a las preguntas del primer abogado de la defensa que le interrogó y no antes, podían constatarse por el Ministerio Fiscal la existencia de alguna contradicción entre la declaración en el juicio oral y otras manifestaciones anteriores suyas que constaran documentadas en el sumario, y aportar el oportuno testimonio a los fines previstos en el art. 46.5 LOTJ.

No obstante la sentencia del Tribunal Superior considera que tal testimonio no fue válidamente aportado al acto del juicio oral por cuanto no se concretaron las divergencias apreciadas con objeto de que todas las partes -incluido el jurado- pudieran conocerlas y para que el declarante a quien se atribuye la contradicción tuviera oportunidad de explicarlas o esclarecerlas en dicho acto.

Ahora bien como tal aportación no tuvo incidencia alguna en el fallo dado que el Tribunal del Jurado no se apoyó en aquella declaración irregularmente aportada, salvo en una respuesta "coincidente con lo declarado al respecto por dicho acusado en el juicio oral", el Tribunal Superior de Justicia entendió que bastaba su nulidad autónoma, sin que fuera preciso la nulidad pretendida al juicio del Jurado. Decisión correcta por cuanto no puede hablarse de conexión de antijuricidad alguna entre aquella declaración policial y el material probatorio restante valorado por los Jurados para formar su convicción sobre la autoría de la recurrente.

CUARTO.- Llegados a este punto y para la completa clarificación de la cuestión planteada y cumpliendo esta Sala con su función unificadora de doctrina, debemos señalar, en todo caso, la imposibilidad de aportación del testimonio controvertido que debió declararse por la sentencia impugnada, no sólo por las razones que apuntó, sino desde el primer momento.

En efecto respecto a las diligencias que puedan ser testimoniadas y remitidas al Jurado para su valoración, hay que señalar que los documentos testimoniados son instrumentos de valoración para la acreditación de hechos en el proceso penal y por ello, han de tener potencialidad para ser objeto de valoración, esto es, capacidad para formar una convicción judicial. Esta potencialidad sólo es predicable en nuestro Derecho, respecto a las declaraciones vertidas antes la autoridad judicial, toda vez que el atestado policial, a tenor del art. 297 LECr., tiene el valor de mera denuncia, en perjuicio de la consideración del testifical necesitada de ratificación en presencia judicial de las declaraciones personales de las personas que participan en hechos de conocimiento propio (STS 86/2004, de 28-1).

Por ello las partes pueden indicar las discordancias observadas entre lo manifestado en el juicio oral y lo declarado ante el Juez Instructor, pero de acuerdo a una interpretación literal no lo declarado ante la Policía ya que el art. 46.5 LOTJ- al igual que el art. 714 LECr.- sólo las declaraciones sumariales y como tales no puede estimarse el atestado policial que, como hemos dicho, se integra por una serie de actos de investigación que puedan contener fuentes de prueba, pero no prueba en sí misma y por ello el valor procesal de tales actuaciones es el de simple denuncia a que se refiere el art. 297 LECr. Cuestión distinta es que las partes puedan preguntar sobre estas declaraciones con la finalidad de valorar la credibilidad de lo manifestado en el juicio oral y nunca para basar una sentencia de condena e interrogar a los funcionarios policiales ante quienes se prestaron (STS 25-4-2001, 12-10.-2001, 18-2-2002, 24-4-2002, 14-6-2007, 6-11-2009 y 30-12-2009).

En definitiva las declaraciones que se integran en un atestado policial, son de naturaleza preprocesal y por ello no sumarial, y esta naturaleza jurídica extrasumarial sitúa la declaración policial fuera del alcance de las previsiones del art. 714 LECr. en el sumario ordinario y del art. 46-5 LOTJ en el procedimiento de Jurado.

QUINTO.- El submotivo segundo cuestiona la valoración que hacen las sentencias del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia de unas supuestas manifestaciones realizadas por Emanuel en el momento de su detención en el sentido de que Sonia Leticia estaba presente y le había dado un ataque de nervios, dado que en el acto del juicio negó

tajantemente haber efectuado tales declaraciones, que se realizaron sin presencia de letrado y en su declaración policial no fue preguntado sobre ese supuesto reconocimiento que había realizado momentos antes.

Es preciso diferenciar entre lo que son manifestaciones espontáneas de un sospechoso a terceros o antes los agentes de la Policía, de lo que es una declaración oficial efectuada en sede policial, con asistencia de letrado y previa advertencia de los derechos. En cuanto a las primeras no existe inconveniente en admitir como medio probatorio el testimonio de referencia de los terceros o funcionarios policiales que hayan recibido esas manifestaciones espontáneas del acusado, si bien aclarando que en cualquier caso el testimonio es de referencia auditio alieno- y así debe ser tratado en cuanto al contenido de la manifestación del acusado. No puede aportar fehaciencia en cuanto a la realidad o veracidad del contenido de lo manifestado, lo que evidentemente queda ajeno a su conocimiento, pero es directo -auditio propio- en cuanto al hecho en sí de haberse producido o exteriorizado por el acusado y de las circunstancias en que se produjo.

En este extremo respecto a las manifestaciones espontáneas del acusado fuera del atestado, la doctrina de esta Sala, STS 418/2006, de 12-4, 667/2008, de 5-11) precisó que el derecho a no declarar, que el recurrente habría expresado a los investigadores policiales, no se extiende a las declaraciones libres y espontáneas que el detenido quiera realizar, porque lo prohibido es la indagación, antes de la información de derechos o cuando ya se ha ejercido el derecho a no declarar, pero no la audición de manifestaciones por los funcionarios policiales. Como decimos en sentencia 25/2005, de 21-1, la manifestación que fuera del atestado efectúa el detenido, voluntaria y espontáneamente, no pueden considerarse contrarias al ordenamiento jurídico y pueden ser concluyentes con los fines juez de la justicia, en definitiva, del interés social.

En STS 156/2000 de 7-2 y 844/2007 de 31-10 se insistió en que las manifestaciones que una persona efectúa en sede policial, tras haber sido detenida y antes de ser informada de sus derechos, realizadas voluntaria y espontáneamente, no pueden ser contrarias, sin más, al ordenamiento jurídico, a no ser que dichas manifestaciones fuesen recogidos por escrito en el atestado instruido con motivo de los hechos y suscritas por el detenido, pues los instructores del atestado no pueden formalizar por escrito este tipo de declaraciones hechas sin la previa información de los derechos que asisten al detenido, pero si así se hiciera la ilegalidad consiguiente tendría carácter de ordinaria y por lo tanto la prueba habría de conceptuarse de irregular, de manera que no deberá afectar a las restantes diligencias practicadas con pleno respeto a las exigencias legales y constitucionales. Por ello la jurisprudencia de esta Sala, nos dice en STS 1266/2003 de 2-10, ha admitido la validez probatoria de la confesión extrajudicial, aunque ha exigido que se incorpore al juicio oral (STS 13-5-84 y 1282/200 de 25-9), y ser sometida a debate contradictorio con presencia de aquellos ante quienes se realizó, de forma que las partes hayan podido interrogarlos sobre ese extremo.

Por tanto las declaraciones espontáneas realizadas por un imputado fuera del atestado no vulneran los arts. 17-3 y 24-2 CE pudiendo ser introducidas en el plenario a través del testimonio de los agentes de la autoridad que las escucharon, a fin de ser valorada esa prueba testifical en el acto del juicio por el órgano correspondiente.

Situación que es la producida en la presente causa con las declaraciones en el plenario de los agentes de la Policía Nacional núms. ...966 y ...277, ante quienes se produjeron aquellas manifestaciones en el sentido de que cuando Emanuel fue informado del motivo de su detención y de los derechos que le asistían, se desplomó, se pudo a llorar y espontáneamente

de motu propio y sin que nadie le preguntase dijo que también se encontraba en el lugar de los hechos Sonia Leticia y que a ésta le había dado un ataque de histeria.

SEXTO.- El submotivo tercero denuncia la absoluta falta de prueba que relaciona a la recurrente con la muerte de José Ernesto.

En este sentido destaca, en primer lugar, que la circunstancia de que el relato de hechos realizado por Sonia Leticia de qué es lo que hizo el día de autos, carezca de soporte probatorio, no debe servir para considerarla culpable.

Y en segundo lugar del resto de la prueba no hay elemento alguno que sitúe a la recurrente en el domicilio en el momento en que se produjo la muerte ni que se la relacione con el arma con la que se produjo la muerte ni con el propio cuerpo de José Ernesto (testificales; informe forense sobre la autopsia y modo de producirse la muerte de la víctima; informe dactiloscópico y de ADN).

a) Como hemos señalado, STS 666/2010 de 14-7, a falta de prueba directa también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

Los indicios se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas.

b) Que los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

Como se dijo en las SSTC. 135/2003 de 30.6 y 263/2005 de 24.10, el control constitucional, de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria “puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conducen naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente, (no siendo pues, razonable, cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto, que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio.

En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional 189/1998 partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia. En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó

con una convicción suficiente (“más allá de toda duda razonable”), bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

En definitiva, la prueba indiciaria requiere de un proceso deductivo que aúne el indicio del hecho que se necesita probar, pero de tal modo que siempre la relación entre el indicio y el resultado sea directa, eso es que el enlace entre ambos elementos de la presunción sea preciso y directo y que la conclusión así obtenida sea correcta y no arbitraria, y el mencionado enlace racional, coherente y sujeto a las reglas de la lógica y la experiencia. Esta serie de requisitos son, precisamente, los que vienen a diferenciar la prueba indiciaria de las simples conjeturas o meras sospechas y lo que la califican como prueba susceptible de fundar una sentencia condenatoria, de tal manera que el proceso deductivo es irracional o no cumple las prescripciones antes expuestas, la prueba indiciaria no puede ser calificada como de auténtica prueba.

En el caso que no ocupa el Jurado incide en las coartadas de la acusada que han quedado desmontadas con los testimonios prestados durante la vista oral.

Es cierto que la valoración de las contradicciones como un contraindicio ha sido “cuestionada, aunque la jurisprudencia viene admitiendo desde antiguo -STS 14-10-86, 7-2-87, 16-2 y 24-10-88, 9-1-89, 25-6-90- que si el acusado, que carece de la carga probatoria introduce un dato nuevo en el proceso y tal dato se revela falso, su simple resultado negativo no puede ser representado irrelevante o transcendente ya que indudablemente la convicción judicial sobre la culpabilidad del reo se verá corroborada con tan importante dato siendo particularmente explícita la SSTS 5-6-92 al señalar que “los contraindicios pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión de los hechos que proporciona el acusado cuando se enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditados y significativos habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convenientes o contradictorias, aunque por sí solas no son suficientes para declarar culpable a quien las profesa, si pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenidos”. De tal doctrina se desprende que el contraindicio no puede ser aislado y debe ir unido al menos a un indicio, por cuanto la primera de las exigencias de la prueba indiciaria – decíamos en STS 1281/2006, de 27-12, esto es, la necesaria relación directa entre indicio y resultado, comporta una consecuencia evidente: el indicio debe probar directamente el hecho inmediato, es decir, no cabe intercalar entre indicio y resultado otra presunción, entendida ésta en la su conjunto, u otro indicio. La consecuencia que se extraiga del hecho indirecto debe ser directa.

Por ello se sostiene que no es posible valorar el contraindicio o coartada como elemento base o interpuesto de la presunción o de extraer una consecuencia indirecta de un hecho inmediato o, lo que es lo mismo, no infunda del hecho probado la estima, en definitiva, que la falsedad de la coartada no puede ser en buena lógica un indicio de culpabilidad y ello por faltar los elementos que tipifican el indicio y, en especial, por no responder el elemento racional que es común a toda prueba indiciaria.

Así, y en tanto, que el indicio es un hecho normalmente positivo (muebles, objetos en poder del acusado, etc...) que sirve para probar directamente la autoría del delito, el contraindicio o coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional, falta de base causal, al menos, por sí solo.

La prueba de la falsedad de la coartada únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega (si sostiene que estaba en otro lugar, se puede confirmar que no es

cierto) pero en ningún caso cabe afirmar, directamente, por una operación mental, con elementos interpuestos, que el procesado, negativamente, que participe en los hechos punitivos.

En este sentido la STS 573/2010 de 2-6 recordó que: “En efecto con respecto a la cuestión de los contraindicios el TC núm. 24/97 de 11-12, ha precisado que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente (STC 221/88 y 174/85).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, se argumenta que “en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos:

a) La versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado (SSTC 174/1985, 24/1997 y 45/1997).

b) Los denominados contraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable (SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.gr. SSTC 76/1990 y 220/1998).

d) La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995, 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990). En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatórios recae sobre la defensa”.

Por su parte, esta Sala tiene establecido que “las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto “. (SSTS 97/2009, de 9-2; 309/2009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10).

Por su parte en STS 528/2008 de 19-6 hemos dicho que “nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del contraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta”.

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculpatórias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se

trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS 29.10.2001).

En el caso presente siendo éste el valor que la sentencia impugnada, fundamento jurídico segundo, in fine, apartado 2, tal posibilidad debe ser mantenida.

b) Respecto a las conclusiones que la recurrente pretende extraer del informe forense sobre la autopsia y modo de producirse la muerte de la víctima, y en la falta de restos genéticos y huellas de la acusada en el informe del Instituto de Medicina Legal de Genética Forense y Criminalística, no pueden ser aceptadas en cuanto no acreditan la ausencia en el lugar de la acusada ni que no participase en los hechos.

Participación que el Jurado, primero, y el Tribunal Superior de Justicia, vía apelación, dedujo de:

a) Declaración del acusado Emanuel, que reconoció haber causado él la muerte a José Ernesto, en el interior de la vivienda en que ambos vivían, utilizando para ello una navaja.

b) Declaración de la acusada Sonia Leticia, que negó haber intervenido en la causación de la muerte de José Ernesto.

c) Declaración testifical de los policías que detuvieron a Emanuel, quienes relataron que éste les manifestó espontáneamente que Sonia Leticia también había estado presente cuando se produjo el ataque a la víctima.

d) Dictamen pericial de los médicos forenses, que describieron la tipología y caracteres de las heridas causadas a la víctima, informando en consideración a ellas y sobre la base de sus conocimientos científicos acerca del modo en que se pudo producir el acometimiento y la utilización de dos armas o instrumento distintos en su causación. uno cortopunzante y otro punzante, con los que se produjeron, con el primero, 7 heridas y con el segundo otra 18, en un muy corto periodo de tiempo.

e) conjunto de declaraciones testificales acerca de las coartadas ofrecidas por la acusada Sonia Leticia en lo relativo a si había sido vista y se había cruzado con unas vecinas del edificio al salir del mismo para dirigirse a su trabajo, y acerca de si había acudido ese día a la vivienda donde realizada labores de limpieza.

Pruebas de las que deduce de forma lógica y racional que fueron los dos acusados, presentes en la casa, quienes, valiéndose uno de una navaja y el otro de un punzón, causaron a José Ernesto las heridas que le produjeron la muerte.

Por tanto, no puede sostenerse que este razonamiento del Tribunal Superior para desestimar el recurso de apelación interpuesto por esta acusada contra la sentencia dictada por el Tribunal Jurado, no considerando producida infracción alguna del derecho a la presunción de inocencia, no haya sido respetuoso con las reglas del razonamiento humano, ajeno a cualquier clase de arbitrariedad y suficientemente razonado, al deducir que está acusada intervino materialmente en la causación de las heridas que ocasionaron la muerte de José Ernesto.

SÉPTIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim considera infringido el art. 22.2 CP lo que tiene su relevancia en la aplicación del art. 66 CP, por cuanto de los hechos probados no se infiere la situación de superioridad que impone referida agravante.

El motivo en cuanto coincidente con el ordinal primero del recurso interpuesto por el coprocesado Emanuel debe ser desestimado, remitiéndonos a lo ya argumentado para evitar repeticiones innecesarias, debiendo insistirse que el abuso de superioridad concurre en los supuestos de mero desequilibrio de fuerzas, por la desproporción de los instrumentos agresivos o por el mayor número de atacantes que coloca al acometido en situación de inferioridad, pero nunca llega a eliminar totalmente sus posibilidades de defensa ni concede al agresor un plus de impunidad no eliminando el riesgo que pudiera proceder de la reacción de la víctima, por lo que no es incompatible con la causación al agresor o agresores de lesiones por parte de la víctima al intentar defenderse.

OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley del art. 849.2 LECrim en relación con el informe pericial de ADN que obra a los folios 376 y ss del procedimiento, por cuanto de lo establecido en el mismo en absoluto puede desprenderse la participación de Sonia Leticia en los hechos ya que no aparece ningún vestigio suyo que le reaccione con los mismos.

El motivo se desestima.

Como hemos afirmado en STS 13.2.2008, 4.12.2007, 8.6.2006, por la vía del art. 849.2 solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entienden cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello su ámbito de aplicación se circunscribe al error cometido por el tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o descubriendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, y siempre que tal error sobre ese extremo fáctico sea grave y con relevancia causal respecto del fallo y quede evidenciado en algún documento o documentos genuinos obrantes en autos y no contradichos por otras pruebas de la causa (STS 728/2001 de 3-5; 1662/2003, de 5-12).

En el caso presente la ausencia de restos genéticos de la recurrente en el cuerpo de la víctima no es incompatible con su presencia en la casa -que también constituía su vivienda habitual- en el momento de los hechos y su participación en la muerte de José Ernesto, que la Sala deduce de otras pruebas.

SÉPTIMO.- Desestimándose los recursos las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim.).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación, interpuestos por Emanuel y Sonia Leticia, contra sentencia de fecha 8/2/2001, dictada por la Sala de lo Civil

y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en su causa Rollo de Apelación 1/2011, y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Giménez García.- Perfecto Andrés Ibáñez.- Francisco Monterde Ferrer.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Diego Ramos Gancedo.

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