

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 901/2014

RECURSO CASACION N°: 1614/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Voto Particular

Señalamiento: 16/12/2014

Procedencia: Audiencia Nacional

Fecha Sentencia: 30/12/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: AMM

Asesinato terrorista.- Tutela judicial efectiva de las acusaciones.- Es necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, para cuestionar, desde la perspectiva fáctica, la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, de aquellos otros supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación se refiere a la exclusión de una prueba de cargo válida, que el Tribunal sentenciador, por error iuris, apartó indebidamente de la valoración.

Los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son medios de investigación que permiten determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Pero alcanzan el nivel de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado.

Podemos concluir, como regla general, que la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.

El derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes.

Cuando la prueba de cargo relevante sea una identificación visual cuestionada, el Tribunal sentenciador debe analizar una serie de factores que afectan a la exactitud de la identificación. En primer lugar los factores ambientales y personales que pueden afectar a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza, pues los testigos tienen ordinariamente una mayor capacidad de reconocer los rostros de sujetos de su propia raza o grupo étnico. En segundo lugar los factores intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores. El análisis razonado de estos factores en un caso concreto sirve para que el Tribunal sentenciador valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta, y para que el Tribunal “ad quem” aprecie si el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

Resulta relevante, y debe valorarse expresamente, que la identificación se realice en el marco de un círculo reducido de posibles autores (miembros de un comando activo de ETA en la época del atentado), pues dicha identificación resulta, en términos probabilísticos, más certera que la que pueda referirse a un universo de autores más amplio, en el que las posibilidades de que puedan existir personas con características similares son elevadas. Es notorio que en el año 2008, cuando se cometió el atentado enjuiciado, la Organización terrorista Eta se encontraba prácticamente derrotada, con la mayoría de sus militantes en prisión, bien en Francia bien en España. El círculo de posibles autores de un atentado como el ahora enjuiciado era muy reducido, limitado a los miembros de comandos activos de ETA, que en la fecha de los hechos eran escasos. La identificación policial de dichos comandos y, eventualmente, la acreditación de la pertenencia del acusado a uno de ellos, permite reducir el ámbito de posibles autores en el que actúan las pruebas de identificación, a un número limitado, y al mismo tiempo actúa como elemento objetivo de corroboración, al no recaer la identificación del testigo sobre un ciudadano ordinario, sino precisamente sobre un militante activo de ETA, en la fecha de los hechos. Por ello no son admisibles, en supuestos como el actual, razonamientos estereotipados que cuestionan genéricamente la fiabilidad de las identificaciones visuales, sin tomar en consideración las circunstancias específicas del caso enjuiciado.

La gravedad del hecho, como la de cualquier atentado terrorista que causa víctimas lesivas o mortales, exige una valoración muy minuciosa y detallada de la prueba de cargo concurrente, sin recurrir a fórmulas genéricas ni excluir de la valoración pruebas de cargo legalmente válidas.

N°: 1614/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Vista: 16/12/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 901/2014

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Julián Sánchez Melgar
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Perfecto Andrés Ibáñez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de diciembre de 2014

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por el MINISTERIO

FISCAL y por infracción de precepto constitucional por la ACUSACIÓN PARTICULAR D^a M^a ANGELES ROMERO ORTIZ, D^a SANDRA CARRASCO ROMERO, D^a AINARA CARRASCO ROMERO y D. ADEI CARRASCO ROMERO, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, de fecha 26 de junio de 2014, en causa seguida a BEINAT AGUINAGALDE UGARTEMENDIA por delito de terrorismo, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando la Acusación Particular representada por el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque; y como recurrido Beinat Aguinagalde Ugartemendia, representado por el procurador Sr. Rojo Pinilla.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 3, incoó sumario con el número 17/2008, por un delito contra las personas, tenencia ilícita de armas y daños con finalidad terrorista, contra Beinat Aguinagalde Ugartemendia y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, cuya Sección Tercera, dictó sentencia en fecha 26 de junio de 2014, en el rollo 13/08, con los siguientes

HECHOS PROBADOS: “El día 7 de marzo de 2006, sobre las 13:25 horas, Don Isaías Carrasco Miguel, ex Concejal del Partido Socialista Obrero Español en el Ayuntamiento de la localidad de Arrasate-Mondragón salió de su domicilio, sito en el núm. 6 de la calle Navas de Tolosa, en dicha población y se introdujo en el vehículo de su propiedad Opel Vectra, con placa de matrícula SS-7819-AP, que se encontraba estacionado en batería frente a los núm. 4 y 6 de la citada vía. Una vez sentado, recibió cinco disparos efectuados con pistola por un hombre, de entre 25 y 30 años, de una altura entre 1,75 y 1,80 metros, de entre 75 y 80 kilogramos de peso, complexión normal, pelo moreno hacia castaño medio, con barba corta como de varios días, arreglada y cuidada, cara alargada,

perpendiculares a la luna delantera del turismo, entre 0,90 y 1,50 metros de distancia, con trayectoria descendente e inclinación de izquierda a derecha, previa fractura del parabrisas, por impacto en el cuerpo de Don Isaías, causándole gravísimas heridas dichos proyectiles de un arma de fuego no identificada. Una herida afectó a la región torácica anterior derecha que tras lesionar el hígado, finaliza junto a la 11 vértebra dorsal, una segunda herida en hipocondrio derecho con trayectoria paralela a la anterior, en cara dorsal de muñeca derecha y dos en el antebrazo derecho y una inciso-contusa en la base del cuello con fractura de la clavícula izquierda, habiendo provocado su fallecimiento sobre las 14:40 horas del mismo día en el Hospital del Alto Deba de Arrasate-Mondragón donde había sido trasladado aún con vida por los servicios médicos de urgencia, siendo la causa del fallecimiento “shock hipovolémico” y traumatismo abdominal por proyectil de arma de fuego.

En el lugar, acera y calzada aledañas al vehículo, se hallaron cinco vainas percutidas con la inscripción “LUGER S&9 mm” de la marca República Checa “Seller&Bellot del calibre 9 mm Luger o Parabellum, en el interior del vehículo sobre la alfombrilla del conductor, un proyectil de tipo bala blindada con núcleo de plomo y camisa latonada y camisa latonada del calibre 9 mm. Parabellum también denominado Luger, y en la autopsia practicada al cadáver, un proyectil, el núcleo de plomo y su camisa desprendida de un proyectil, diversos fragmentos del núcleo de plomo y su camisa de un proyectil, y un fragmento del núcleo de plomo de un proyectil, todos ellos del mismo tipo y calibre al recogido en el interior del vehículo, vainas percutidas y proyectiles disparados que lo han sido por una misma arma, una pistola del calibre 9 mm. Parabellum, también denominado Luger, provista de unas características generales semejantes a las que poseen, entre otras, algunos modelos de pistolas de las marcas "Beretta", "Norinco", "Fn Browning" y "Walter" del citado calibre.

La organización terrorista E.T.A en un comunicado publicado en el periódico "GARA" del día 2 de abril de 2008 reivindicó el crimen en su página 2.

Don Isaías Carrasco Miguel contaba 43 años de edad, se encontraba divorciado de su esposa Doña María Ángeles Romero Ortiz, de cuyo matrimonio habían nacido sus hijos, Doña Sandra Carrasco Romero, de 20 años y Doña Ainara Carrasco Romero, con 14 años, en el momento del fallecimiento de su padre. Sus progenitores habían reanudado la convivencia fruto de la cual había nacido su tercer descendiente, Don Adei Carrasco Romero que contaba 4 años.

Beinat Aguinalde Ugarméntía está encartado en otro procedimiento como presunto miembro del denominado comando legal "ASTI", que resultó desarticulado en el curso del año 2009. No está debidamente probado que fuera ejecutor de los disparos”.

SEGUNDO.- La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: "Absolvemos a Beinat Aguinagalde Ugartemendia, de los delitos por los que venía siendo acusado.

Se declaran las cosas de oficio.

Álcese la medida cautelar que pesaba sobre el mismo”.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, que se tuvo 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.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, El Ministerio Fiscal formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Por infracción de Precepto Constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y a obtener una

resolución fundada y debidamente motivada sobre la valoración de la prueba practicada. La realizada por el Tribunal “a quo” resulta irrazonable y arbitraria.

La representación de los recurrentes, María Ángeles Romero Ortiz, Sandra Carrasco Romero, Ainara Carrasco Romero y Adei Carrasco Romero, formalizó su recurso alegando como motivo ÚNICO: Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

QUINTO.- Instruidas las partes de sus respectivos recursos quedaron los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la vista y fallo.

SEXTO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida, el día 16 de diciembre de 2014, con asistencia del Letrado recurrente D. Juan Antonio Carbellido González en defensa de M^a Angeles Romero Ortiz solicitando la nulidad de la sentencia; de la Letrada recurrida D^a M^a Teresa Martín Sevilla en defensa de Beinat Aguinagalde Ugartemendia, que solicitó la confirmación de la sentencia; y del Ministerio Fiscal que solicitó la nulidad de la sentencia recurrida.

SEPTIMO.- Habiendo formulado voto particular el Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez, pasa a asumir la ponencia al Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional con fecha 26 de junio de 2014, absuelve al acusado Beinat Aguinagalde Ugartemendía del delito de asesinato y otros. Frente a ella se alzan los presentes recursos del Ministerio Fiscal y de la acusación particular, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que sobre las 13:25 horas del 7 de marzo de 2008, cuando Isaías Carrasco Miguel, ex Concejal del Ayuntamiento de Mondragón, se acababa de introducir en su vehículo, recibió cinco disparos de pistola efectuados por un hombre de 25 a 30 años de edad, de 1,75 a 1,80 metros de alto, de 75 a 80 kilogramos de peso, compleción normal, pelo moreno tirando a castaño, con barba de varios días, arreglada y cuidada, y de cara alargada, disparos que le ocasionaron gravísimas heridas y provocaron su fallecimiento sobre las 14:40 horas del mismo día. La organización terrorista E.T.A reivindicó el crimen en un comunicado publicado en el periódico "GARA" el 2 de abril de 2008.

El Tribunal sentenciador estimó que no quedó debidamente acreditada en el juicio la autoría de los disparos.

SEGUNDO.- Los hechos constituyen, en principio, un delito de asesinato terrorista del artículo 572 1 1º del Código Penal en su redacción original de la Ley Orgánica 10/1995, que se corresponde a la previsión del artículo 572 2 1º del vigente Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en relación con los artículos 139 1º y 579 2º del mismo texto legal. La consideración del hecho como una acción terrorista se deduce del empleo de la munición habitual del grupo terrorista ETA así como de la reivindicación realizada en nombre de esta organización y publicada en un diario de San Sebastián.

La prueba practicada en el juicio para sostener la autoría de los hechos por parte del acusado consistió sustancialmente en su identificación por un testigo directo y ocular que se ratificó en el acto del juicio oral en el reconocimiento fotográfico realizado durante el sumario, y en la declaración de otro testigo ocular que ratificó igualmente la descripción del físico y de la indumentaria que llevaba el autor de los disparos, coincidente con la descrita en el testimonio del primer testigo, sin que el segundo testigo haya llegado a identificar personalmente al acusado.

La Sala sentenciadora estima que un reconocimiento fotográfico no constituye prueba de cargo, y únicamente puede considerarse como un acto de investigación que solo excepcionalmente puede acceder al plenario sin realizar previamente la prueba de reconocimiento en rueda. Como la rueda en este caso no se realizó, estimando el Tribunal sentenciador que no concurrió causa justificada que hubiera impedido su práctica, la Sala de Instancia prescinde de la identificación del testigo ocular y no la valora como prueba de cargo.

Y en segundo lugar, considera el Tribunal sentenciador que el segundo testimonio no resuelve el déficit probatorio del anterior, puesto que la convergencia entre unos rasgos físicos muy superficiales **no puede superar la ausencia de prueba de cargo** en orden a desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

TERCERO.- El motivo único del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 de la Lecrim, y 5 4º de la LOPJ, denuncia como vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art 24 1º CE, en su vertiente de derecho a utilizar los medios de prueba procedentes y a obtener una resolución fundada y debidamente motivada sobre la valoración de la prueba practicada,

considerando que la valoración del Tribunal de instancia resulta claramente irrazonable y arbitraria.

Argumenta la representación del Ministerio Público que la valoración probatoria realizada por la sentencia de instancia no cumple los cánones mínimos de constitucionalidad porque omite injustificadamente la valoración como prueba de cargo de un testimonio directo prestado en el propio acto del juicio oral en aspectos tan sustanciales como la ratificación del reconocimiento fotográfico del acusado de asesinato, reconocimiento previo que se realizó con todas las garantías, en fase de instrucción, tanto ante la policía autónoma vasca como posteriormente ante el Juzgado Central de Instrucción Número Tres.

El Tribunal excluye de forma irrazonable, arbitraria y automática, señala el Fiscal, la prueba de reconocimiento fotográfico del acusado diciendo que no es más que un acto de investigación, sin tener en cuenta que dicha diligencia ha accedido al plenario adquiriendo valor de prueba de cargo a través de la ratificación en el juicio oral llevada a cabo por el testigo como exige la doctrina jurisprudencial. Y alegando adicionalmente que no se practicó reconocimiento en rueda en el sumario, cuando este reconocimiento no constituye un requisito de validez de la prueba de identificación en el juicio.

Señala el Ministerio Público que del examen de la grabación del juicio oral se desprende que la declaración del testigo protegido en la vista oral fue clara y contundente en cuanto a la ratificación de sus declaraciones sumariales y de los reconocimientos fotográficos realizados durante la instrucción. Y sus declaraciones fueron corroboradas tanto en instrucción como en el juicio oral por las declaraciones de otro testigo presencial en cuanto a la vestimenta y aspecto externo del autor del atentado.

Considera en consecuencia el Ministerio Público que la exclusión del acervo probatorio de la prueba de cargo practicada en el juicio, con una

motivación manifiestamente errónea, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por la CE.

CUARTO.- La acusación particular, que actúa en nombre de la mujer y los hijos de la víctima del atentado, D^a María Ángeles Romero Ortiz, D^a Ainara Carrasco Romero, D^a Sandra Carrasco Romero y D. Adei Carrasco Romero, fundamenta también su recurso en un único motivo, al amparo del art 852 de la Lecrim y 5 4º de la LOPJ, por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En su minucioso y técnicamente bien planteado escrito de recurso, insiste la acusación particular en la argumentación del Ministerio Público, aportando adicionalmente un detallado análisis de la forma en que se realizaron los reconocimientos ante la Policía autónoma vasca y ante el Magistrado Juez Instructor, para destacar que existen dos diligencias de reconocimiento fotográfico, policial y judicial, y que ambas se practicaron con todas las garantías, y fueron ratificadas en el juicio oral, tanto por el Instructor de la citada diligencia en el atestado, como por el propio testigo.

Destaca la parte recurrente como el testigo, en su declaración judicial, precisó que se fijó en el acusado porque conoce a casi toda la gente del barrio, y le resultó extraño ver a un chico de su edad, solo y apoyado en la pared, a una hora en que los jóvenes normalmente están trabajando o en un bar tomando algo. Que sus miradas se cruzaron y que cuando poco después volvió sobre sus pasos, tras oír los disparos, vio al mismo joven corriendo por el otro lado de la calle, afirmando que el chico que salió corriendo era el mismo que había visto apoyado en la pared, cerca de la casa de la víctima.

Complementando esta declaración judicial se practicó, también a presencia judicial, una diligencia de reconocimiento fotográfico, en la que el testigo identificó al acusado, entre una batería de doce fotografías, con una

certeza del 98 %, según su propia manifestación. Este reconocimiento judicial fue expresamente ratificado en el acto del juicio, y sometido a la debida contradicción.

Se refiere la parte recurrente a la doctrina de esta Sala, y expresamente a la STS 503/2008, de 17 de julio, dictada en el procedimiento por el atentado yihadista del 11 de marzo de 2004, en Madrid, destacando que en esta doctrina se reconoce el valor probatorio de los reconocimientos fotográficos realizados en sede judicial y ratificados en el juicio oral.

Rechaza asimismo el reproche de la sentencia de instancia relativo a no haberse practicado en el sumario rueda de reconocimiento, recordando que el acusado no fue entregado por las autoridades francesas hasta casi cinco años después de ocurridos los hechos, en noviembre de 2012, y cuando su imagen ya había sido difundida en los medios de comunicación, por lo que la diligencia de reconocimiento en rueda en ese momento resultaba escasamente relevante, mientras que el reconocimiento fotográfico se había realizado varios años antes, en 2009, cuando la imagen del acusado todavía no se había difundido. Y recuerda que, en cualquier caso, la rueda de reconocimiento no constituye un presupuesto necesario para la validez de la identificación por ratificación del reconocimiento fotográfico en el acto del juicio oral.

Concluye alegando que la no valoración de las diligencias de reconocimiento fotográfico ratificadas en el juicio oral, constituyendo una prueba de cargo válida, susceptible de valoración y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, supone una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de las víctimas que han ejercido en este caso la acusación particular.

QUINTO.- Ambos recursos deben ser estimados, por las razones que exponemos a continuación.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda, entre otras, la STC 50/2014, de 7 de abril de 2014, comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas).

SEXTO.- Esta Sala ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva puede ser invocado por el Ministerio Fiscal, o la acusación particular, cuando su pretensión punitiva, dándose los presupuestos procesales para ello, no obtiene respuesta alguna del Tribunal de Instancia o bien la misma es arbitraria, irrazonable o absurda, vulnerándose de esta forma lo recogido en los arts. 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (STS 178/2011, de 23 de febrero).

Y entre estos supuestos han de comprenderse los casos en que el Tribunal de Instancia, por un error jurídico manifiesto, ha dejado de valorar una prueba de cargo válida, negando indebidamente su validez.

SÉPTIMO.- Es cierto que, como señala la STS 631/2014, de 29 de septiembre, no puede reconvertirse el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que construyendo una imagen especular de este derecho fundamental primigenio, lo invierta para ponerlo al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, y tornarlo en perjuicio de los ciudadanos acusados que es para quien se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia.

Por ello la supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la supuesta arbitrariedad en sentencias absolutorias los mismos parámetros que en las condenatorias, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro

ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea mínimamente razonable.

La fuerza del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe ser contrarrestada por la prueba de cargo y por la motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS 631/2014, de 29 de septiembre).

OCTAVO.- Es por ello necesario distinguir claramente los recursos en los que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva se utiliza por las acusaciones como presunción de inocencia invertida, es decir para cuestionar desde la perspectiva fáctica la valoración probatoria del Tribunal sentenciador, que apreciando toda la prueba de cargo practicada no ha obtenido la convicción necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, de aquellos supuestos, absolutamente diferentes, en los que la impugnación no se refiere a la perspectiva fáctica de la valoración probatoria sino a la vertiente jurídica, por la exclusión de una prueba de cargo válida, que el Tribunal sentenciador, debido a un error iuris, apartó incorrectamente de la valoración.

Éste es el supuesto denunciado en el caso actual, en el que el Tribunal sentenciador fundamentó la resolución absolutoria en la exclusión de la prueba de reconocimiento o identificación del acusado como autor de los hechos

enjuiciados, practicada en el propio acto del juicio oral por un testigo presencial, alegando que estuvo precedida por un reconocimiento fotográfico que considera que no constituye prueba de cargo sino mero acto de investigación que solo excepcionalmente puede acceder al juicio sin realizar un reconocimiento en rueda sumarial. Estimando el Tribunal de Instancia que en el caso actual no estuvo justificada la exclusión de dicho reconocimiento en rueda, por lo que en definitiva deja sin valorar la identificación del acusado al no admitirla como prueba de cargo.

Ha de destacarse que no es que el Tribunal sentenciador valore razonadamente dicha identificación y exponga que la considera insuficiente para obtener la necesaria convicción sobre la autoría del acusado, por las razones que estime procedentes, sino que simplemente prescinde de su valoración por considerar que **“no es prueba de cargo”**. Y seguidamente prescinde también de la prueba confirmatoria de la identificación, realizada por otro testigo, por estimar que **no supera la ausencia de prueba de cargo** (*derivada de la invalidez anterior*) en orden a desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

En definitiva, toda la fundamentación de la sentencia se apoya en la afirmación de que un reconocimiento fotográfico, ratificado en el juicio oral, no constituye prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia, así como en el carácter preceptivo del reconocimiento en rueda sumarial.

No nos encontramos, por tanto, ante una cuestión fáctica, de valoración probatoria, sino ante una cuestión jurídica, de validez probatoria.

NOVENO.- Procede en consecuencia determinar si esta exclusión probatoria es correcta o responde a un error jurídico del Tribunal de instancia.

La doctrina de esta Sala, recogida por ejemplo en la reciente STS 330/2014, de 23 de abril, señala que *“es cierto que los reconocimientos*

fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las STS. núm. 16/2014, de 30 de enero, núm. 525/2011 de 8 de junio, núm. 169/2011 de 22 de marzo y núm. 331/2009 de 18 de mayo, señalan que entre las técnicas permitidas a la Policía, como herramienta para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra la del reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con un alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

*La STS. 16/2014, de 30 de enero, con cita de las sentencias 617/2010 de 24 de junio, 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales, argumentando que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. **Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos***

que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

En definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado (STS. 16/2014, de 30 de enero)".

DÉCIMO.- En consecuencia podemos concluir, como regla general, que la comparencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico practicado con todas las garantías durante el sumario, y que ratifica en el juicio lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador.

El derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de

prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes.

Esta doctrina determina, en consecuencia, la estimación del recurso, pues la exclusión por el Tribunal sentenciador como prueba de cargo de la ratificación del reconocimiento realizado por un testigo directo y presencial en el propio acto del juicio oral, constituye un error jurídico notorio que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del Ministerio Fiscal y de las víctimas del delito, como partes acusadoras.

UNDÉCIMO.- No se desconoce que toda identificación personal puede ser cuestionada, y que este tipo de pruebas no determinan necesariamente la culpabilidad del acusado. Pero lo aquí relevante no es la convicción del Tribunal en el caso específico, sino el error jurídico consistente en descartar como inválida una prueba de cargo de especial relevancia, y consecuentemente prescindir totalmente de ella en la valoración.

La psicología del testimonio ha evidenciado que existen una serie de factores que afectan a la exactitud de una identificación visual. En primer lugar los factores ambientales y personales que afectan a la memoria de un testigo presencial durante la percepción inicial del suceso y el posterior período de retención, como las condiciones de luz, el lugar donde se produce el hecho, la duración del suceso, el tiempo de exposición de la cara del autor, la distancia entre el autor y el testigo, el número de agresores, e incluso la raza, pues los testigos tienen ordinariamente una mayor capacidad de reconocer los rostros de sujetos de su propia raza o grupo étnico.

En segundo lugar existen otros factores, intraprocesales, que pueden afectar a la fiabilidad del reconocimiento, y que obligan a constatar que el procedimiento de reconocimiento se ha llevado a efecto en todas las fases de

la investigación policial y judicial en las mejores condiciones posibles, sin dar lugar a sesgos condicionados por los propios investigadores.

El análisis razonado de estos factores en un caso concreto exige que el Tribunal sentenciador someta a un control racional todo el proceso de identificación y valore el grado de probabilidad de que el testigo haya efectuado una identificación visual correcta. Y este análisis también permite que el Tribunal “ad quem” aprecie si el Tribunal de instancia ha efectuado una valoración probatoria razonable.

No procede ahora profundizar en esta cuestión, pues lo cierto es que no resulta posible evaluar si el Tribunal sentenciador ha valorado razonada y razonablemente la prueba de identificación practicada por la simple razón de que el Tribunal ha prescindido totalmente de su valoración, excluyéndola como prueba de cargo admisible, y evitando así el detenido análisis que una acusación de esta trascendencia exigía. **Es precisamente por ello por lo que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas del delito.**

DUODÉCIMO.- Existe además otra circunstancia que incide de modo muy relevante en la fiabilidad de una identificación personal, que es la amplitud del círculo de posibles autores.

En el caso actual es obvio que la identificación visual no constituye la única prueba de cargo en esta causa. En primer lugar se encuentran las pruebas relativas al resultado letal del atentado realizado, que acreditan las circunstancias en el que éste se produjo. En segundo lugar se sitúan las pruebas que restringen el círculo de posibles autores a los terroristas militantes de ETA, pues tanto por la munición utilizada, como por las características generales del atentado como, en fin, por su propia reivindicación, puede estimarse que el crimen fue planeado y realizado por dicha organización terrorista. Y, en tercer lugar, se encuentran las pruebas acreditativas de la pertenencia del acusado a esa concreta organización

terrorista, y específicamente de su pertenencia a un comando que se encontraba activo en el momento de la realización del atentado objeto de enjuiciamiento.

Pruebas que indudablemente deben practicarse en el juicio y valorarse a los efectos de situar la identificación realizada, y su corroboración por un segundo testigo que aporta datos relativos a las características físicas del autor del hecho, en el marco de un círculo reducido de posibles autores, lo que resulta muy relevante dado que dicha identificación resulta, en términos probabilísticos, mucho más certera que la que puede referirse a un universo de autores mucho más amplio, en el que las posibilidades de que puedan existir personas con características similares son más elevadas.

Es notorio que en el año 2008, cuando se cometió el atentado enjuiciado, la Organización terrorista Eta se encontraba prácticamente derrotada, con la mayoría de sus militantes en prisión, bien en Francia bien en España. El círculo de posibles autores de un atentado como el ahora enjuiciado era muy reducido, limitado a los miembros de comandos activos de ETA, que en la fecha de los hechos eran escasos. La identificación policial de dichos comandos y, eventualmente, la acreditación de la pertenencia del acusado a uno de ellos, permite reducir el ámbito de posibles autores en el que actúan las pruebas de identificación a un número limitado, y al mismo tiempo actúa como elemento objetivo de corroboración, al no recaer la identificación del testigo sobre un ciudadano ordinario, sino precisamente sobre un militante activo de ETA, en la fecha de los hechos. Por ello no son admisibles, en casos como el actual, razonamientos estereotipados que cuestionan genéricamente la fiabilidad de las identificaciones visuales, sin tomar en consideración las circunstancias específicas del caso enjuiciado.

DÉCIMOTERCERO.- Procede, por todo ello, y como ya se ha expresado, la estimación del recurso interpuesto, casando la sentencia impugnada y retrotrayendo las actuaciones al momento de señalamiento del juicio oral, para

que, por un Tribunal distinto para garantizar absolutamente su imparcialidad, se celebre un nuevo juicio y se dicte nueva sentencia.

Sentencia que, como se ha expresado en el cuerpo de esta resolución, deberá valorar las pruebas de cargo que acrediten, o no, en primer lugar la realización del hecho enjuiciado, en segundo lugar su atribución a la Organización Terrorista Eta, en tercer lugar la pertenencia a ETA del acusado, en cuarto lugar su pertenencia a un comando activo de dicha organización en la época de los hechos, en quinto lugar la coincidencia de las características físicas descritas por uno de los testigos con las del acusado como miembro de uno de dichos comandos, y finalmente la identificación visual, desde la doble perspectiva de controlar los factores intraprocesales concurrentes para constatar si se han respetado las buenas prácticas en los reconocimientos fotográficos practicados en sede policial y judicial, y los factores personales y ambientales, para valorar racionalmente la fiabilidad del reconocimiento en el caso específicamente enjuiciado, tomando en consideración que la identificación se realiza en el ámbito de un círculo reducido de posibles autores.

La gravedad del hecho, como la de cualquier atentado terrorista que causa víctimas lesivas o mortales, exige una valoración muy minuciosa y detallada de la prueba de cargo concurrente, sin recurrir a fórmulas estereotipadas ni excluir de la valoración pruebas de cargo legalmente válidas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional, por el **MINISTERIO FISCAL** y por infracción de precepto constitucional por la **ACUSACIÓN PARTICULAR** ejercitada por **D^a M^a ANGELES ROMERO ORTIZ**, **D^a SANDRA CARRASCO ROMERO**, **D^a**

AINARA CARRASCO ROMERO y D. ADEI CARRASCO ROMERO, contra la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera, de fecha 26 de junio de 2014, en causa seguida a BEINAT AGUINAGALDE UGARTEMENDIA por delito de terrorismo. Con declaración de las costas de oficio.

Anulada la sentencia impugnada se ordena retrotraer las actuaciones al momento de señalamiento del juicio oral, para que, por un Tribunal distinto para garantizar absolutamente su imparcialidad, se celebre un nuevo juicio y se dicte nueva sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Cándido Conde-Pumpido Tourón

Julián Sánchez Melgar

Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro

Perfecto Andrés Ibáñez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez a la sentencia Nº. 901/2014 QUE resuelve el recurso de casación nº 1614/2014

Lo denunciado por las dos acusaciones, pública y particular, recurrentes es infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y a obtener una resolución fundada y debidamente motivada sobre la valoración de la prueba. El argumento de apoyo es que la motivación del fallo absolutorio omite deliberadamente la valoración como prueba de cargo del testimonio prestado en el juicio oral ratificando el reconocimiento fotográfico del acusado como autor del asesinato objeto de la causa, producido primero ante la policía vasca y después en el Juzgado Central n.º 3. Y se cuestiona el aserto del tribunal en el sentido de que tal reconocimiento no habría dejado de ser una diligencia de investigación.

El examen de la sentencia de instancia en lo sustancial que aquí interesa permite comprobar que la sala, bajo el epígrafe “Participación delictiva” deja constancia de la existencia, primero, del señalamiento fotográfico y, luego, de su ratificación en el juicio. Y que, al fin, resuelve en el sentido de que, *dada la pobreza de la información acerca de los rasgos biotípicos del sujeto autor de los disparos ofrecida inicialmente por los dos testigos de cargo* —aun sin tener por cierta la versión de uno propuesto por la defensa, que dijo haber estado con el

acusado en otra localidad el día y a la hora del hecho criminal—, el reconocimiento fundado en aquella primera diligencia no despeja sus dudas acerca de que este último hubiera sido realmente el autor.

Siendo así, hay que afirmar que la expresión de la *ratio decidendi*, ciertamente escueta, existe como tal y se entiende sin problema. Pero es que, además, *¿qué otra cosa podría decirse al respecto, sino que la pobreza informativa de los datos de fuente testifical inicialmente aportados, pasado un año, no asegura la fiabilidad de la posterior identificación, además fotográfica, que es lo que en aquella se lee? Máxime cuando —aunque no lo suscribo— es criterio de este tribunal una que «la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia»* (por todas SSTs 1005/2006, de 11 de octubre y 1232/2004, de 27 de octubre).

En este marco —constando que la razón de fondo de la absolución es la falta de fiabilidad de la identificación fotográfica producida a un año de distancia por parte de quien no aportó ningún rasgo específico dotado de alguna singularidad, a propósito de la persona que dijo haber visto en el primer momento— el debate sobre si la identificación fotográfica aquí producida, en virtud de sus vicisitudes posteriores, habría dejado o no de ser una mera diligencia sumarial es francamente banal, por su marginalidad con respecto al núcleo de la decisión. Centrarse aquí en ese asunto, elaborar un discurso teórico al respecto solo sería una especie de huída del verdadero problema, que no es jurídico-procesal ni clasificatorio, sino sustancial, de raíz empírica y relativo a la calidad y fiabilidad de lo que *se sabe*. No de la naturaleza teórico-formal de un acto o diligencia, sino de la identidad de un sujeto “visto y no visto”, *en passant*, por el único testigo que realmente cuenta. Es cierto que el señalado como autor es un sujeto de acreditada pertenencia a ETA y que, por eso, tendría más probabilidades de serlo realmente que alguien del que no constase tal condición.

Pero esto no elimina el déficit de partida. Porque la categoría de probabilidad que aquí opera no es la de orden *estadístico* sino la *probatoria*. Y, porque, esto sentado, hay que insistir: las primeras manifestaciones testificales acerca de *lo visto* del sospechoso, no prestan base de esa naturaleza que haga fiable la ulterior diligencia de reconocimiento. En consecuencia, aunque tal actuación de comisaría hubiera sido más tarde solemnizada o sacramentada, si se quiere, por su evocación y ratificación ritual en el juicio, seguiría padeciendo el mismo déficit apuntado, en tanto que posible fuente de un conocimiento de calidad. Y déficit, por cierto, insuperable, que lo será también en otra vista oral, y que lo sería, incluso, de haberse dado la exhibición personal del acusado, que, con toda razón, no llegó siquiera a producirse, cuando se hizo posible, transcurridos cinco años y luego de que su fotografía se hubiera difundido con profusión por diversos medios, según admiten los propios recurrentes.

Así las cosas, y visto el criterio que se expresa en la decisión de la mayoría, conviene recordar que la valoración de esa clase de intervenciones testificales debe discurrir en dos dimensiones, la procesal y la epistémica, que, por lo demás, concurren en toda clase de actuaciones probatorias que, en efecto, tienen por marco un proceso penal, sujeto a reglas legales; pero, al mismo tiempo, son instrumento de adquisición de conocimiento y, en tal sentido, habrán de adecuarse a otro tipo de exigencias de método, que no son jurídicas (STS 703/2012, de 28 de septiembre).

Ambos niveles de consideración de tales instrumentos están necesariamente interrelacionados. Así, la exhibición de fotografías llevada a cabo de una forma capciosa, dirigida a sugerir o provocar el señalamiento de un sujeto como autor, al igual que una rueda mal constituida con el mismo fin, siendo irregulares desde el punto de vista jurídico, producirán también efectos contaminantes en el orden epistémico, debido a la falta de neutralidad en el desarrollo del *iter* cognoscitivo. Por contra, unas actuaciones del género desarrolladas con el rigor legal exigible, generarán un resultado merecedor, en

principio, de la atención del tribunal a la hora de formar su convicción sobre la prueba.

Las pautas de los arts. 369 y 370 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque relativas solo a las ruedas de identificación de personas *en vivo*, evidencian, en general, la conciencia de la vulnerabilidad de esta clase de medios procesales, basados en la percepción del testigo, la neutralidad de cuyo examen se trata de favorecer, para evitar los posibles efectos distorsionantes del correspondiente modo de operar procesal. Pero sucede que, incluso haciendo las cosas de la manera mejor en este campo, la calidad del resultado tendrá necesariamente que ver con circunstancias que no son procesales, producidas en un momento anterior a la apertura de la causa, por eso, fuera del alcance de los órganos judiciales de la investigación y el enjuiciamiento, obligados no obstante a considerarlas, dada su importancia. Entre estas se cuentan, esencialmente, las temporo-espaciales o ambientales, relativas a las peculiaridades (iluminación, por ejemplo) del escenario de los hechos, y las propias de la dinámica de la acción criminal, como su duración y el grado de implicación, por razón del contacto, del testigo con el autor o autores, etc. Pero también otras que tienen que ver exclusivamente con las cualidades del observador, como son su capacidad de percepción, la calidad de su retentiva, el mayor o menor interés que hubiera movido a la observación. Y, por último, aunque no en fin, se sabe bien, con el mejor fundamento experimental, que tiene muy especial relevancia la cantidad de tiempo transcurrido entre el momento del hecho delictivo y el de la reactivación y actualización del recuerdo, sobre el que, además, habrá incidido la exposición a una diversidad de influencias relacionadas con el caso, que, consciente o, sobre todo, inconscientemente, propician siempre la reelaboración del material semiótico memorizado, además, por lo general, incompleto en su origen.

En el caso a examen hay dos variables dignas de particular consideración: la fugacidad del contacto del testigo con el sujeto entonces observado, que debió dar lugar a una observación muy superficial e

inevitablemente fragmentaria, máxime si se considera lo fútil del estímulo que le movió a fijar su atención; y, muy en particular el dilatadísimo espacio de tiempo transcurrido entre ese primer momento y el de la identificación, además, solo fotográfica. Por tanto, percepción inicial precaria y muy tardía recuperación de lo así memorizado, cuando hay las mejores razones de psicología del testimonio para saber que con tales condiciones de partida y la activación del recuerdo a un año de distancia, el riesgo de un falso positivo es enormemente elevado. Con la particularidad de que, en supuestos de esta índole, la seguridad (subjetiva) del testigo acerca de la calidad de su aportación, no puede ser determinante, si, como es el caso, se basa, según consta, en circunstancias (objetivas) que la privan de un racional fundamento.

Es por lo que el criterio del tribunal de instancia, cierto que esquemáticamente expuesto, es lo bastante expresivo y no puede considerarse arbitrario en el plano epistémico, sino prudente. Y tampoco falto de motivación en el jurídico-constitucional, ya que da razón suficiente y comprensible del porqué de su toma de decisión en este punto. Por eso, discrepando de la mayoría, entiendo que la sentencia tendría que haberse confirmado.

Voto particular que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia nº 901/2014, de 2 de enero de 2015, que resuelve el recurso de casación correspondiente al rollo de esta Sala 1614/2014.

1. Tal como anticipé en la deliberación, si bien coincido con la sentencia mayoritaria cuando concluye que se ha vulnerado por el Tribunal de instancia el **derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**, mantengo, sin embargo, una respetuosa discrepancia en lo referente a los efectos que se han atribuido a esa infracción del art. 24 de la Constitución en el caso concreto, pues entiendo que no procede acordar la nulidad del juicio celebrado por la Sección competente de la Audiencia Nacional con el fin de que se celebre una nueva vista oral y se dicte una segunda sentencia por un Tribunal diferente al que pronunció la primera. Tal decisión se aparta de los criterios que ha seguido este Tribunal en numerosos supuestos de sentencias absolutorias en los que se anuló la dictada para que se redactara otra en la que se solventaran las omisiones en la motivación de la decisión absoluta, no acudiendo a la celebración de un nuevo juicio ante un Tribunal diferente.

Comparto, por consiguiente, la doctrina general relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se expone y aplica en la sentencia mayoritaria de la Sala. Pues el Tribunal Constitucional tiene establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la

motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (SSTC 147/1999, 25/2000, 87/2000, 82/2001, 221/2001, 55/2003, 223/2005, 276/2006, 177/2007, 134/2008 y 191/2011, entre otras).

Y en lo que respecta a las sentencias absolutorias, en la STC 169/2004, de 6 de octubre, se argumenta lo siguiente: “Ciertamente la motivación de las Sentencias es exigible *ex art.* 120.3 CE ‘siempre’, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante ha de señalarse que en las Sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales —y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal— la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello hemos reforzado el canon exigible (SSTC 62/1996, de 15 de abril; 34/1997, de 25 de febrero; 157/1997, de 13 de julio; 200/1997, de 24 de noviembre; 116/1998, de 2 de junio; 2/1999, de 25 de enero; 147/1997, de 4 de agosto; 109/2000, de 5 de mayo). Por el contrario las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida ‘siempre’. No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad”. Y en el mismo sentido se pronuncia la STC 115/2006, de 24 de abril.

En el presente caso el grado de motivación probatoria, aun tratándose de una sentencia absolutoria, no alcanza, sin embargo, los mínimos exigidos por el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, dado que, centrándose la esencia de la motivación en dos párrafos consecutivos del fundamento segundo de la sentencia impugnada, en ninguno de ellos se cumplimenta el nivel de motivación exigible en el supuesto concreto.

En el primero de los párrafos se afirma que el reconocimiento fotográfico no es prueba de cargo “ya que se trata de un mero acto de investigación que sólo excepcionalmente cabe que acceda al plenario sin realizar la prueba de reconocimiento personal”. Sin embargo, lo cierto es que aquí nos hallamos ante uno de esos supuestos excepcionales, toda vez que el reconocimiento fotográfico ha sido ratificado, según advierten las partes recurrentes, tanto ante el Juez de instrucción como en la vista oral del juicio. Por lo cual, a tenor de la jurisprudencia que se cita en la sentencia mayoritaria, la Audiencia tenía que haber efectuado un análisis específico del reconocimiento fotográfico.

No obstante lo anterior, tampoco es cierto que la Sala de instancia haya omitido toda referencia a la prueba de cargo de la acusación, puesto que en el párrafo siguiente al que se acaba de analizar argumenta el Tribunal sentenciador con relación a las declaraciones de ambos testigos de cargo presenciales de los hechos —no solo de uno de ellos— que sus testimonios son insuficientes para enervar la presunción constitucional. Tal conclusión la sustenta en que en las declaraciones que prestaron desde un primer momento a la policía solo aportaron “someras características biotípicas” del sujeto activo de la acción delictiva, de lo que infiere “sobradas” dudas acerca de la correspondencia de tales características con las de la persona del acusado.

Esta aseveración, si bien incide de lleno en la convicción del Tribunal de instancia en lo atinente a la falta de posibilidades de que se identifique al autor del delito, considero, sin embargo, que no es suficiente para concluir que la

sentencia alcanza los parámetros exigibles para estimar cumplimentado el deber de motivación que impone la norma constitucional, pues la realidad del proceso muestra que se practicaron una serie de diligencias probatorias que carecen de un mínimo análisis.

En efecto, en la sentencia recurrida no se transcriben siquiera las declaraciones prestadas en la vista oral del juicio por los dos testigos de cargo que se hallaban en el lugar de los hechos, uno de los cuales identificó en fotos al acusado como el autor de la acción homicida. Ambos testimonios tenían que haber sido analizados minuciosamente por la Audiencia y extraído de los mismos el pertinente resultado probatorio, con arreglo a las circunstancias empíricas objetivas específicas del caso y las máximas de la experiencia observables en supuestos similares, puestas en relación con las condiciones subjetivas de cada testigo. Lejos de ello, el *iter* discursivo ha quedado reducido a unas cuantas líneas en las que se expresa que los testigos solo aportaron “someras características biotípicas” del sujeto activo de la acción delictiva.

Así las cosas, la lectura de la sentencia recurrida no permite conocer el contenido concreto del núcleo de la prueba de cargo practicada en la vista oral del juicio, ni tampoco las declaraciones policiales que constan en el atestado, en las que se apoya también el Tribunal de instancia, aunque sustituyendo en su análisis el texto de las mismas por una expresión mucho más valorativa y conceptual que descriptiva: “*someras características biotípicas*”. Por lo cual, se nos priva de la ponderación de las circunstancias fácticas singulares que concurrieron en el supuesto enjuiciado, que habrían de servir de fundamento a esa valoración conclusiva.

En consecuencia, estimo que la motivación probatoria de la resolución recurrida no cumplimenta las exigencias que impone el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, derecho que ha resultado vulnerado en la sentencia debatida.

2. Ahora bien, tal como anticipé, disiento de la sentencia mayoritaria en lo que respecta a los **efectos que atribuye a la vulneración de la norma constitucional**, toda vez que, como advertí en la deliberación, la decisión de que se celebre un nuevo juicio por un tribunal diferente al asignado para conocer de la causa se opone a las pautas generales que suele aplicar la jurisprudencia en casos similares, en los que la motivación es incompleta por prescindirse de ponderar todas las pruebas y no entrar a examinar en profundidad el material probatorio de cargo y de descargo.

A este respecto, procede citar, dentro del ámbito de las *sentencias absolutorias* anuladas por esta Sala, entre otras, las siguientes: la 103/2010, de 12-2; 248/2010, de 9-3; 1103/2011, de 11-10; 496/2012, de 29-5; 495/2014, de 17-6; y 496/2014, de 2-6. En todas ellas es el mismo Tribunal sentenciador el que dicta una nueva sentencia en la que solventa el déficit de motivación en que ha incurrido al examinar la *prueba de cargo*, sin que el acusado sea sometido a un nuevo juicio.

De otra parte, y en lo que atañe al capítulo de las *sentencias condenatorias*, conviene subrayar que cuando esta Sala ha estimado un recurso de casación por vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debido a no haberse valorado la *prueba de descargo* practicada a instancias de la defensa, se ha decretado en casación la nulidad de la sentencia recurrida y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictarla para que se redacte por los mismos magistrados una nueva resolución en la que se cumplimente la motivación omitida (ver al respecto SSTS 273/2010, de 3-3; 1016/2011, de 30-9; 241/2012, de 23-3; 631/2012, de 9-7; y 698/2013, de 25-9). En el mismo sentido se han pronunciado las SSTC 8/2006, de 16-1, y 12/2011, de 28-2.

Entre las sentencias citadas, debe destacarse por referirse, como en este caso, a un supuesto de delito de terrorismo la STS 1016/2011, de 30-9, en la que,

habiéndose condenado en la instancia a los acusados, se anuló la condena por no haberse valorado por la Audiencia la prueba de descargo propuesta por las defensas, reponiéndose las actuaciones al momento de dictarse la sentencia recurrida para que fuera el mismo Tribunal el que confeccionara otra en la que se solventaran los vacíos de la motivación probatoria.

Pues bien, siendo ello así, estimo incongruente desde una perspectiva axiológica acordar cuando la sentencia resulte condenatoria para el acusado la nulidad en los casos que se deje de ponderar la prueba de descargo con el fin de que se redacte otra nueva por el mismo Tribunal sin celebrar nuevo juicio, y no hacer lo mismo en los supuestos en que, como aquí sucede, la sentencia resulta absolutoria, dado que en el caso a examen se ha acordado la anulación del juicio para celebrar una nueva vista por un Tribunal diferente. Pues si cuando se condena omitiendo el análisis de la prueba de descargo no se repite el juicio ante un Tribunal diferente y es el mismo Tribunal el que redacta una nueva sentencia, se considera contradictorio y peyorativo para el acusado que sí se celebre un nuevo juicio ante un Tribunal distinto cuando la sentencia le ha favorecido por haber sido absuelto.

En consecuencia, reiterando que la sentencia recurrida infringe la norma constitucional por falta de motivación, entiendo que debió devolverse a la Sala de instancia para que fuera el mismo Tribunal el que dictara una nueva sentencia, entrando en ella a analizar la prueba que no ponderó por entender que carecía de entidad jurídica suficiente para catalogarla como prueba de cargo (el reconocimiento fotográfico) y las restantes diligencias que se reseñan por las acusaciones en su escrito de recurso.

Descarto así la celebración de un nuevo juicio por un Tribunal diferente, toda vez que esta decisión supone, de una parte, prescindir del Tribunal asignado al proceso, y, de otra, implica el sometimiento del acusado a un segundo juicio sobre los mismos hechos sin que concurren las circunstancias extraordinarias

para ello en un caso en que la sentencia ha resultado absolutoria, apartándose con tal decisión de numerosos precedentes de esta Sala.

3. Por último, expongo también mi discrepancia sobre **un extremo que no ha sido tratado en la deliberación** ya que deriva directamente del propio contenido de la sentencia mayoritaria. Me refiero con ello al fundamento duodécimo de la sentencia de casación, en el que, después de razonar y concluir en sus fundamentos precedentes que procedía anular la vista oral y la decisión de la Audiencia Nacional, se entra a examinar la prueba de cargo que concurre contra el acusado, y en concreto la plausibilidad de que el reconocimiento fotográfico sea certero, haciendo al respecto elucubraciones estadísticas referentes a la organización terrorista ETA y en particular al número de posibles integrantes de comandos activos en la fecha del asesinato, número que se considera reducido y que, según se argumenta en la sentencia de la mayoría, incrementa la fiabilidad de la identificación por fotografía del acusado. Asimismo, en el fundamento siguiente se entra a señalar específicamente los indicios incriminatorios que concurren contra el acusado para que se tengan en consideración en la nueva sentencia, a pesar de que todavía no se ha celebrado el nuevo juicio acordado por la mayoría de la Sala.

A mi entender, una vez que se anula el juicio y la sentencia recurrida, no cabe ya entrar a exponer ninguna consideración sobre el valor incriminatorio de las pruebas practicadas en la primera vista oral y en la sentencia anulada. Y en el caso de adentrarse por esa vía, la sentencia mayoritaria tendría que haber entrado a examinar tanto los indicios incriminatorios como los exculpativos. De modo que, al margen de hacer referencia a los datos objetivos de cargo y a su relevancia, que sin duda la tienen, también tendría que argumentar sobre los de descargo. En este apartado tendría que reseñar, por ejemplo, el tiempo transcurrido desde la fecha de la comisión del asesinato hasta el reconocimiento fotográfico —algo más de un año— y la circunstancia de que uno solo de los dos

testigos que estaban en el lugar identificó en foto al acusado, no “personalmente” como se viene a indicar en el fundamento segundo.

A este respecto, disiento de las alegaciones del Ministerio Fiscal cuando afirma en su recurso que la sentencia recurrida resulta irrazonable, pues, a mi juicio, más bien debería catalogarse de irrazonada, por su ausencia de razonamientos probatorios en un caso en que la gravedad de los hechos resulta palmaria. El adjetivo de resolución irrazonable resulta claramente excesivo si se acude a los precedentes jurisprudenciales de esta Sala, ya que no resulta nada fácil hallar sentencias condenatorias cuya base probatoria se centre de forma sustancial o capital en un reconocimiento fotográfico practicado un año más tarde de la ejecución del hecho delictivo, sin ninguna identificación personal o en rueda del presunto autor.

Coincido, en cambio, con el Ministerio Fiscal cuando afirma en su recurso que “el grado de certeza que se puede alcanzar en la identificación a través de una fotografía es siempre inferior y menos sólido, lógicamente, que el obtenido en la diligencia de reconocimiento en persona por medio de una rueda de reconocimiento”, a lo que añade en su alegación el factor tiempo como criterio debilitador de la prueba. Y también comparto la alegación del Ministerio Público de que una rueda de reconocimiento practicada casi cuatro años más tarde del reconocimiento fotográfico adolecería de una patente falta de virtualidad probatoria.

4. En virtud de todo lo que antecede, establezco a modo de **conclusiones** lo siguiente: i) coincido con la sentencia mayoritaria en que la resolución recurrida debe ser anulada por vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; ii) discrepo en que el efecto de esa nulidad sea la celebración de un nuevo juicio por una Sala diferente de la que ha dictado la sentencia anulada, pues debe ser la misma Sala la que redacte la sentencia con arreglo a derecho sin que se celebre un nuevo juicio contra el acusado; y iii) disiento también de que la

sentencia de casación de la mayoría entre a examinar, después de imponer la celebración de un nuevo juicio, los indicios incriminatorios concurrentes contra el acusado, máxime cuando no hace lo mismo con los exculpatorios.

Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

