

RECURSO CASACION núm.: 955/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico
Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

Sentencia núm. 392/2018

Excmos. Sres.

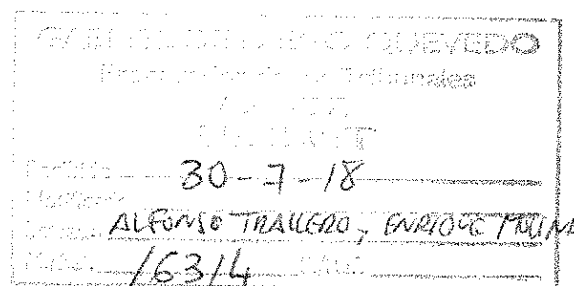
D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Vicente Magro Servet



En Madrid, a 26 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 955/2017, interpuesto por por la **ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA**, como acusación popular, y por **DOÑA JACQUELINE SHARLEN ORELLANA BARRIOS Y DOÑA ROSA CASTILLO BARAHONA** como acusación particular, representadas por el Procurador Sr. D. Domingo José Collado Molinero, y bajo la dirección letrada de D. Manuel Olfe Sese, contra sentencia de fecha 6 de marzo de 2017 y auto rectificando la misma de fecha 24 de marzo de 2017, dictadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que absolvió al hoy recurrido **CARLOS ROBERTO VIELMANN MONTES**, representado por el Procurador Don Gabriel Maria de Diego Quevedo y bajo la dirección letrada de D. Enrique Molina Benito. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, instruyó Sumario (Procedimiento Ordinario) con el número 6/2013 contra **D. Carlos Roberto Viemann Montes**, por delito de asesinato y de lesa humanidad y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección Segunda que en el Rollo de Sala número 8/2013, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<Probado y así se declara que :

Primero.- El acusado don Carlos Viemann Montes sirvió como Ministro de Gobernación de Guatemala en el gobierno de Osear Berger entre el 22 julio 2004 y el 26 de marzo de 2007. Con anterioridad había desempeñado el cargo de Comisionado Presidencial para la Transparencia y contra la Corrupción, donde actuó como representante de Guatemala ante el Comité de expertos de la OEA bajo la autoridad del Presidente, teniendo entre otras funciones la de asesorarlo en materia de lucha contra a la corrupción y promoción de la transparencia en el Organismo Ejecutivo.

Durante su gestión al frente del Ministerio de Gobernación impulsó y auspició un proceso reformador de la Policía Nacional Civil, al objeto de acabar con los espacios de impunidad y corrupción que existían en la misma, y que habían sido denunciados desde diversas instancias nacionales e internacionales, destacando por su relevancia el llamado informe elaborado por el relator especial Philip Alston de Naciones Unidas de fecha 19 febrero 2017 . Con tal finalidad, bajo su mandato fueron despedidos, o sancionados cientos de miembros de la referida Policía Nacional Civil sospechosos de haber cometido acciones delictivas ode corrupción. Del mismo modo se creó la inspectoría de la Policía Nacional Civil para monitorizar posibles actuaciones contrarias a la ley situando su frente al coronel Víctor Hugo Rosales Ramírez

Don Carlos Viemann presentó su renuncia como Ministro de Gobernación al Presidente la República a comienzos del mes de marzo de 2007, siéndole aceptada dicha renuncia el 26 marzo 2007.

Segundo.- A principios de 2003, el Gobierno de Guatemala solicitó al departamento de asuntos públicos de Naciones Unidas asistencia a fin de desarrollar un mecanismo que ayudara al Estado a investigar y enjuiciar los delitos cometidos por grupos clandestinos.

Después de numerosos debates y de una Misión de Exploración técnica, se firmó un acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno de Guatemala el 7 enero 2004 el cual contenía disposiciones para la creación de la Comisión de Investigación de Cuerpos Ilegales y Aparatos Clandestinos de Seguridad.

El Gobierno de Guatemala, ya bajo la presidencia de Osear Rafael Berger, reinició las conversaciones con la petición de negociar el establecimiento de una comisión con un mandato revisado. Tras multitud de gestiones y conversaciones el acuerdo para establecer la Comisión Internacional contra la Impunidad de Guatemala (CICIG) se firmó finalmente el 12 diciembre 2006, siendo ratificado por el Congreso de Guatemala el uno de agosto 2007, entrando en vigor el 4 septiembre, cuando el estado de Guatemala notificó a la ONU que había completado sus procedimientos internos para su aprobación y ratificación.

Todas estas conversaciones y negociaciones fueron promovidas desde el gobierno de Guatemala del que formaba parte como Ministro de Gobernación el acusado.

Tercero.- El 22 octubre de 2005 diecinueve reclusos escaparon a través de un túnel de la cárcel de máxima seguridad denominada "El Infiernito", ubicada en el departamento de Escuintla. El Ministerio de Gobernación, en el diario oficial y en varios medios de comunicación, publicó las fotografías de los diecinueve reos, ofreciendo recompensa de 50.000 quetzales a quien proporcionara información que permitiera su recaptura.

Alejandro Giammattei era en esa época Director General del Sistema Penitenciario, nombrado por el Presidente de la República el 7 noviembre 2005.

Para la recaptura de los presos fue elaborado un plan a través de una orden de servicio denominado "Plan Gavilán", atribuyéndose competencia para su ejecución al Ministerio público en concierto con la Policía Nacional Civil.

Cuarto.- El recluso fugado Edwin Santacruz Rodríguez fue localizado gracias a la información de un confidente, y muerto por disparos de miembros de las Fuerzas de Seguridad el 3 noviembre 2005 en el kilómetro 136 de la carretera de Ciudad de Guatemala al departamento de Zacapa, en el sector "rio hondo".

Los reclusos fugados Julián Morales Blanco y José María Maldonado Sosa, fueron también localizados gracias a la información de un confidente, y muertos por miembros de las fuerzas de seguridad el 1 de diciembre de 2005 en el municipio de Santa María ixhuatan, en la zona de Las Cuevas de la ribera del río Los Amantes.

El resto de reclusos fueron recapturados y regresados con normalidad al sistema penitenciario.

Quinto.- No ha quedado acreditado que el acusado tuviera conocimiento de las circunstancias reales en que se produjo la recaptura y fallecimiento de las personas indicadas, más allá de los reportes que de tales acontecimientos iba recibiendo por los canales oficiales.

Sexto.- La Granja Modelo de rehabilitación Penal de Pavón ubicada en el municipio de Fraijanes es un Centro Penitenciario en el que en el año 2006 y desde al menos 10 años

atrás, un grupo de reclusos ejercía el control total a través del autodenominado Comité de Orden y Disciplina, de modo que las autoridades del penal sólo controlaban el área administrativa y la vigilancia perimetral. Desde el interior del Centro operaban organizaciones criminales que desarrollaban su actividad delictiva dentro y fuera del Penal, practicándose todo tipo de abusos. Eran numerosas las denuncias recibidas al respecto tanto por el Ministerio Público como por la Procuraduría de Derechos Humanos.

Ante esta situación, el Gabinete de Seguridad del Estado constituido por el Presidente de la República, el Vicepresidente, los Ministros de Gobernación y Defensa, y el Fiscal general, autorizó la elaboración de un Plan Integral de Seguridad y dentro de dicho plan se hizo uno específico relativo al Sistema Penitenciario, orientado al cambio del sistema legal y a la formación profesional de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias así como para la recuperación del control de los centros bajo el poder de los reclusos, y entre ellos, la Granja Penal Pavón.

El plan para la recuperación del control de Pavón se encomendó al Sistema Penitenciario, Policía Nacional y Ejército, con apoyo del Ministerio Público, lo que se tradujo en un documento titulado "Plan operativo Pavo Real".

Séptimo.- El operativo se desarrolló el día 25 septiembre 2006 por fuerzas combinadas de la Policía Nacional Civil y del Ejército guatemalteco con intervención del Ministerio Público. El mando del operativo era conjunto entre Policía Nacional Civil, Sistema Penitenciario, Ejército, Ministerio Público y COPREDE, y constaba de tres fases. La primera para posicionamiento, control y traslado de los reclusos al Centro Pavoncito, situado en las inmediaciones; la segunda consistía, una vez controlados los reclusos, en el registro del interior del Centro por empleados del Sistema Penitenciario bajo la dirección de representantes del Ministerio Público; y la tercera, en la reorganización del Centro Penitenciario Pavon.

El traslado y seguridad de los reclusos estaba bajo la responsabilidad de la Dirección General del Sistema Penitenciario, Dirección General de la Policía Nacional Civil, cuyo responsable era Edwin Sperigen, quien había sido designado por el Ministro de la Gobernación, y Ministerio de la Defensa Nacional.

En la eventualidad de un acto contra el orden público mediante el uso de armas de fuego por los reclusos, los agentes intervinientes estaban autorizados para hacer uso de los medios necesarios inclusive de sus propias armas, si bien dicho uso de la fuerza debía respetar los principios relativos a la legítima defensa y el estado de necesidad, tal como lo define la legislación guatemalteca.

La planificación del operativo partió de la Orden de Servicio de la Comisaría n° 13 de fecha 24 septiembre 2006 con el título "apoyo al sistema penitenciario para el control, la inspección, y la reubicación de reclusos del Centro de Restauración Constitucional Pavón". Esta Orden de Servicio proporcionaba los detalles del apoyo que debían aportar los diversos Cuerpos intervinientes. Así, la Policía Nacional intervenía con 1981 agentes, el Ejército con 1200 soldados, y además intervendrían funcionarios del Ministerio Público y del Sistema

Penitenciario, si bien se excluyó la participación de guardias de Pavón por considerar que no se trataba de personal confiable por sus relaciones con reclusos.

Octavo.- El 25 septiembre de 2006 se puso en marcha el operativo previa declaración de Estado de Prevención por el Gobierno durante ocho días en el municipio de Fraijanes. El Gabinete de seguridad estuvo en todo momento informado de los preparativos del Plan, prestando su aprobación.

El Ministro de la gobernación llegó al centro sobre las seis horas permaneciendo en el Puesto de Mando situado en un edificio que se encuentra en el perímetro exterior en compañía del coronel Héctor Castillo Alvarado, el Jefe de seguridad del Sistema Penitenciario, coronel Mario Roberto García Frech, el Director del Sistema Penitenciario, Alejandro Giammattei, y del Ministro de Defensa, Francisco Bermúdez Amado, permaneciendo en contacto telefónico con el vicepresidente de la República, Eduardo Stein, que tenía convocado al Cuerpo Diplomático para informar sobre el desarrollo de la operación.

Sobre las nueve horas el Ministro de la Gobernación ingresó en el centro junto con el Ministro de Defensa y el Director del Sistema Penitenciario, una vez que se había asegurado el recinto, llegando hasta la zona de canchas deportivas donde estaban los edificios administrativos del Penal, sin llegar a acceder a la zona donde se produjeron los fallecimientos, pues ya en este momento estaba acordonada por agentes del Ministerio Público, bajo la dirección del Fiscal Álvaro Matus, Fiscal Jefe de la Fiscalía de Delitos contra la Vida.

Noveno.- En el curso del operativo se produjo la muerte de internos que habían sido previamente asegurados y por causa de los disparos procedentes de miembros de las Fuerzas de Seguridad y colaboradores intervinientes que no han sido parte en este procedimiento.

Los muertos en el operativo fueron identificados de la siguiente manera:

José Abraham Tiniguar Guevara.

Mario Misael Castillo.

Jorge Eduardo Batres Pinto.

Luis Alfonso Zepeda González .

Carlos René Barrientos Váunzquez.

Gustavo Adolfo Correa Sánchez.

Erick Estuardo Mayorga Guerra.

Décimo.- Tras recibir el informe de la Procuraduría de Derechos Humanos sobre los sucesos acaecidos durante la toma de Pavón, cuestionando abiertamente la versión oficial dada hasta la fecha sobre la existencia de un enfrentamiento con los reclusos como causa de los fallecimientos y efectuando diversas Recomendaciones, el acusado Carlos Viemann remitió dicho informe al Fiscal General para que procediera a la realización de las averiguaciones procedentes.

Décimoprimer.- No consideramos probado que el acusado don Carlos Roberto Viemann Montes participase en la ejecución de los reclusos, ni ordenándola, ni autorizándola, ni manifestando su respaldo o aquiescencia, ni que conociese o tuviese razones para conocer o prever que podía producirse.>>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, emitió el siguiente pronunciamiento:

<<Fallo. -

Debemos absolver y absolvemos a **CARLOS ROBERTO VIELMANN MONTES** de las acusaciones contra el mismo formuladas con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas procesales.

Se dejan sin efecto la totalidad de las medidas cautelares adoptadas.>>

TERCERO.- Formula Voto particular el Excmo. Sr. D. José Ricardo de Prada Solaesa a la sentencia dictada en el procedimiento ordinario Rollo Sala 8/2013 en el que estaba acusado Carlos Viemann Montes, con fecha 15 de marzo de 2017.

CUARTO.- Con fecha 24 de marzo de 2017, se dictó Auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

<<Procede subsanar los errores materiales padecidos en la Sentencia 5/17 de 6/03/2017:

Debe decir:

"HECHOS PROBADOS"

Primero.- /_/ "Durante su gestión al frente del Ministerio de Gobernación impulsó y auspició un proceso reformador de la Policía Nacional Civil, al objeto de acabar con los espacios de impunidad y corrupción que existían en la misma, y que habían sido denunciados desde diversas instancias nacionales e internacionales, destacando por su relevancia el llamado informe elaborado por el relator especial Philip Alston de Naciones Unidas de fecha **19 febrero 2007.**"

Cuarto.- /_/ "Los reclusos fugados Julián Morales Blanco y José María Maldonado Sosa, fueron también localizados gracias a la información de un confidente, y muertos por miembros de las fuerzas de seguridad el 1 de diciembre de 2005 en el municipio de Santa María Ixhuatan, en la zona de Las Cuevas de la ribera del río **Los Amates.**"

Séptimo.- /_/ El traslado y seguridad de los reclusos estaba bajo la responsabilidad de la Dirección General del Sistema Penitenciario, Dirección General de la Policía Nacional Civil,

cuyo responsable era **Erwin Sperigen**, quien había sido designado por el Ministro de la Gobernación, y Ministerio de la Defensa Nacional.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO"

2.1 La declaración del acusado en el plenario.

2.2 La prueba propuesta por las acusaciones.

2.3 .- La prueba propuesta por la defensa.

En varias ocasiones se menciona que el responsable de la Dirección General de la Policía Nacional Civil era "Edwin Sperigen" cuando el nombre correcto es "**Erwin Sperigen**".

"HECHOS PROBADOS"

Noveno.- /_/ Los muertos en el operativo fueron identificados de la siguiente manera:-

/

Carlos René Barrientos Vásquez."

"FUNDAMENTOS DE DERECHO"

d) Ausencia de actividad investigadora de los hechos. /_/.

" El Fiscal de CICIG **Crhistian Ulate** reconoce que el Ministerio Público consideraba en sus conclusiones que los fallecimientos eran consecuencia de un enfrentamiento así como que en un primer momento no había motivos para dudar de la versión oficial.">>

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

SEXTO.- La representación de las recurrentes, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de las recurrentes: ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, DOÑA JACQUELINE SHARLEN ORELLANA BARRIOS Y DOÑA ROSA CASTILLO BARAHONA.

Motivo primero.- Por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 de la Constitución española, derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, al no haberse practicado en el acto del plenario una declaración testifical previamente admitida y declarada pertinente.

Motivo segundo.- Por vulneración de precepto constitucional del artículo 24.1 de la Carta Magna, derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a un proceso público con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, con sede procesal en el artículo 852 de la LECrim.

Motivo tercero.- Al amparo del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma, por haberse denegado determinada prueba testifical propuesta en tiempo y forma en el acto del plenario.

SÉPTIMO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO. Hecho el señalamiento para la **vista**, se celebró la misma el día 18 de julio de 2018, con la asistencia de la letrada recurrente Doña Sara Ruiz Calvo, en representación de ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA, como acusación popular, DOÑA JACQUELINE SHARLEN ORELLANA BARRIOS Y DOÑA ROSA CASTILLO BARAHONA, y el letrado recurrido Don Alfonso Trallero Maso, en representación de D. Carlos Roberto Viemann Montes, quienes mantuvieron sus recursos informando. El Ministerio Fiscal se ratificó en su informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CUESTIÓN PREVIA PLANTEADA POR EL RECURRIDO CARLOS ROBERTO VIELMANN MONTES

Plantea la inadmisibilidad del recurso interpuesto por las acusaciones particular y popular por extemporaneidad del mismo, al vulnerarse el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de armas procesales del art. 24.2 CE por irregular ampliación del plazo concedido a los recurrentes

para formalizar sus recursos de casación, con violación de los arts. 859, 860 y 873 Lecrim.

Argumenta que el recurso debió haberse inadmitido por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia al no haberse formalizado en plazo y debe ahora ser igualmente inadmitido por esta Sala, ex art 88 4-4 Lecrim., al ser improcedente la concesión de un plazo adicional de 15 días para formalizar el recurso, al haberse otorgado en contra de lo ordenado por los arts. 859 y 860 Lecrim. y con lesión de los derechos fundamentales del recurso a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de armas procesales.

Pretensión inaceptable.

"El derecho a la tutela judicial –salvo en su manifestación de derecho de acceso al proceso, no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece. En todo caso, es un derecho cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (STS 177/2003, de 23-10), que es a quien incumbe "crear la configuración de la actividad judicial, y más concretamente, del proceso, en cuyo seno se ejercitó el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones (STC 99/85, de 30.9).

Ahora bien el Tribunal Constitucional ha resaltado la diferente relevancia constitucional del derecho de acceso a la jurisdicción y del derecho de acceso a los recursos, pues es diferente la transcendencia que cabe otorgar –desde la perspectiva constitucional – a los requisitos de acceso al proceso, en tanto puedan obstaculizar o eliminar el derecho de los ciudadanos a someter el caso al conocimiento y pronunciamiento de un Juez y por tanto causar indefensión, y a los requisitos de inadmisión de los recursos legalmente establecidos en que se pretende la revisión de la respuesta judicial ya contenida en la sentencia de instancia previamente dictada, que ya habría satisfecho el núcleo de su derecho fundamental a una tutela judicial sin indefensión (STC 55/95, de 6-3), de modo que cuando esa decisión de

inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos, el juicio ha de ceñirse a los cánones que se aplican al control de la aplicación del Derecho material y su revisión en sede constitucional sólo es posible cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, basándose en una causa legal inexistente o en una interpretación de la misma manifiestamente arbitraria o infundada; y en cualquier caso la potestad de verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en el criterio de proporcionalidad, que imponen un diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos.

En este sentido la reciente STC 122/2007, de 21-5, FJ 4, precisa que “la lesión constitucional denunciada se enmarca, por consiguiente, en la vertiente del derecho de acceso al recurso, que se integra, como es conocido en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien es cierto que, a diferencia, del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con excepción de los recursos contra sentencias penales se condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales. Esta caracterización tiene su reflejo forzosamente en la fundación de control atribuida a este tribunal respecto de las resoluciones que vedan a dicha fase, pues la decisión sobre la admisión o no del recurso y la comprobación del cumplimiento de los requisitos establecidos para ello es una cuestión de legalidad ordinaria que compete, según dispone el art. 117.3 CE exclusivamente a los Jueces y Tribunales...

El control de estas resoluciones judiciales por la jurisdicción constitucional es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si ha incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o su manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas (SSTC 258/2000, de 30.1, FJ 2, 26/2001, de 15.1, FJ 3, 51/2003, de 7-3; FJ 3; 74/2003, de 23-4; FJ 3, 222/2003, de 15-12; 57/2006, de 27.2; FJ 3, 22/2007, de 12.2, FJ4).

Asimismo, en relación con los plazos y su cómputo, el Tribunal Constitucional tiene declarado que la interpretación y aplicación judicial de una

norma relativa al cómputo de plazos es una cuestión de legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando al decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el Ordenamiento jurídico para hacer valor los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión siempre que tal decisión haya sido adoptada pariendo de su cómputo en el que se apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o que se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión recogido en el art. 24.1 CE (SSTC 179/2003, de 13-10; FJ 3; 222/2003 de 15.12; FJ 2; 314/2005, de 12.12. FJ5; 57/2006, de 27.2 FJ 3; 162/2006, de 22.5; FJ 5, entre otras muchas). "

- En el caso presente un examen del Rollo de esta Sala permite constatar:

- con fecha 4-4-2017 el Letrado de la Administración de Justicia de la Sala de lo Penal, sección Segunda, de la Audiencia Nacional, dictó cédula de emplazamiento ante esta Sala por término de 15 días. Cédula que fue entregada y notificada a las partes el 6 de abril de 2017.

Por lo tanto el último día del término para la formalización del recurso era el 27 de abril de 2017, conforme lo preceptuado por el art. 859 Lecrim. que establece aquel plazo de 15 días como término improrrogable.

- Por escrito que tuvo entrada en la secretaria de este Tribunal Supremo el 19 de abril de 2017, se personaron, en calidad de recurrentes, la Asociación por Derechos Humanos de España, como acusación popular y Doña Jacqueline Sharlen Orellana Barrios y Doña Rosa Castello Barahona, como acusación particular, interesando que con suspensión del plazo para formalizar el recurso se pusieran de manifiesto en la secretaria las actuaciones elevadas por la Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, especialmente copia del acta del juicio oral y grabación audiovisual de las sesiones del plenario y -en contra de lo afirmado en su escrito por el recurrido-

que "por la complejidad y volumen de las actuaciones se amplie el plazo de formalización del recurso por 30 días más a los 15 señalados en la Lecrim."

- El día 27 de abril de 2017- último día de término para la formalización del recurso, el letrado de la Administración de Justicia dictó diligencia de ordenación, que entre otras, acuerda conceder plazo hasta el 22 de mayo de 2017, esto es 15 días hábiles más, para que los recurrentes formalicen su recurso.

- Con fecha 5 de mayo de 2017 la representación del acusado interpuso recurso de reposición contra la referida diligencia de ordenación, denunciando la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y la igualdad de armas procesales por otorgar un plazo irregular fuera de lo ordenado por los arts., 859, 860 y 873 LECRIM.

- Con fecha 25 de mayo de 2017 el referido recurso fue impugnado por las acusaciones en base a los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al derecho al recurso efectivo conforme la convención Europea de Derecho Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- Con fecha 29 de mayo de 2017 por el Letrado de la Administración de Justicia se dictó Decreto desestimando el recurso de reposición y teniendo por interpuesto el recurso de casación anunciado por aquellas acusaciones -que habiasido ya formalizado dentro del nuevo plazo- haciendo constar lo siguiente:

"Vistas las alegaciones efectuadas por las partes procede desestimar el recurso de reposición sobre la base del principio de tutela judicial y voluntad impugnativa, y en aras de "evitar" a las partes el examen y conocimiento de la causa a los efectos de una formalización del recurso de casación con todas las garantías".

Con estas premisas fácticas cabe mantenerse la admisión a trámite del recurso, partiendo necesariamente de la constatación de un error material en

el Decreto antedicho que se deduce de su propio contexto cual es que con el verbo "evitar" se quiso decir "facilitar".

Siendo así es cierto que es inexcusable el cumplimiento de los plazos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes. Los recursos han de prepararse, interponerse y sustanciarse conforme a las reglas establecidas en las respectivas leyes procesales; pero también lo es que, de una interpretación conjunta del art. 134-2 Ley de Enjuiciamiento Civil- aplicable con carácter supletorio al enjuiciamiento penal, ex art.4. L.Civil- y del art. 202 Lecrim., permite, no obstante esa improrrogabilidad de los plazos, la suspensión, interrupción o prórroga de los mismos, cuando hubiese causa justa y probada, lo que ocurría en el caso presente, en el que hubo petición expresa de parte -las acusaciones particular y popular por escrito de 19 abril de 2017, ocho días antes del vencimiento del plazo, solicitan la ampliación del plazo de formalización del recurso, 30 días, " por la complejidad y volumen de las actuaciones".

La pretensión de la defensa del acusado de inadmisión del recurso por extemporáneo y la declaración de firmeza de la sentencia de instancia, resulta totalmente desproporcionada y lesiva de los derechos de las acusaciones que solicitaron la prórroga del plazo con suficiente antelación a su vencimiento.

RECURSO ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA (acusación popular) y DOÑA JACQUELINE SHARLEN ORELLANA BARRIOS Y DOÑA ROSA CASTILLO BARAHONA (acusación particular).

SEGUNDO.-El motivo primero por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes, al no haberse practicado en el acto del plenario una declaración testifical previamente admitida y declarada pertinente.

Se argumenta que por la representación procesal del hoy recurrente casacional y el Ministerio Fiscal se propusieron en sus escritos de conclusiones provisionales, de fecha 6 de noviembre de 2015, como prueba testifical la de Lionel Jocol Castillo quien, en la fecha de los hechos objeto de enjuiciamiento, era jefe de seguridad del subdirector de investigación criminal del Cuerpo Nacional de Policía, Javier Estanislao Figueroa, testigo residente fuera de España, como el resto de los testigos propuesto y admitidos y que debía ser citado a través de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), mediante la pertinente comisión rogatoria o por los mecanismos de auxilio judicial internacional que correspondiesen.

El Tribunal de enjuiciamiento por auto de 1-3-2016, admitió por considerarla pertinente, la referida prueba testifical, dictándose providencia el 19-10-2016, por la que notificándose el calendario de sesiones del juicio oral, se señaló la practica de la declaración del testigo Sr. Jocol para el 11.1.2017, de manera presencial en España y ante el propio Tribunal de enjuiciamiento.

-Dicho testigo ya había declarado, en fase sumarial, ante el juzgado Central de Instrucción nº 3 , el 13 de marzo de 2013.

-En la sesión de 11.1.2017 el funcionario de la Fiscalía Guatemalteca, - coordinador o encargado de auxiliar al tribunal español en la practica de la prueba- informó oralmente en el transcurso de la videoconferencia que se practicó ese día, que la declaración del Sr. Jocol se practicaría por vidiokonferencia desde Canadá; por encontrarse éste residiendo en aquel momento en ese país.

Ante este incidente se señaló la realización de dicha declaración para el día 30.1.2017, posponiéndose de nuevo su práctica, para el día 31 del mismo mes.

- En la sesión del juicio oral del 31.1.2017 fecha en que debía concluir la practica de prueba de las acusaciones- y tras la intervención del M. Fiscal preguntando sobre el estado de las diligencias realizadas para la practica efectiva de la declaración del testigo Sr. Jocol y la practica de las tres primeras

declaraciones de la defensa- la Sra. Letrada de la Administración de Justicia informó la remisión el día anterior de un e-mail al consulado de España en Toronto con el objeto de verificar la posibilidad de celebrar la declaración de dicho testigo por videoconferencia, respondiendo el correspondiente funcionario diplomático español de la imposibilidad de la práctica por no disponer de los medios técnicos necesarios.

La Sra. Letrada de la Administración de Justicia comunicó en ese acto que se había instado al Sr. Jocol, a través de sus abogados en Canadá, para que compareciera personalmente ante el Tribunal de Instancia, en Madrid, pero que esa alternativa era imposible por carecer el testigo de pasaporte en vigor.

Por último, la Sra. Letrada planteó la alternativa de practicar una videoconferencia a través del sistema denominado Clearsea, utilizado por el Ministerio de justicia español, ofreciendo la posibilidad de que para garantizar la correcta identificación del testigo podía hacerse ante la Agencia de Servicios de frontera canadiense, a través del sistema de migración, quienes son los que tuvieron que identificar al Sr. Jocol para otorgarle la residencia permanente en Canadá.

El Ministerio Fiscal y las acusaciones particular y popular interesaron la practica de la testifical del Sr. Jocol por ese medio , la defensa se opuso y el tribunal, por mayoría, acordó no practicarla.

El Ministerio Fiscal y las acusaciones hicieron constar una protesta a efectos del recurso.

El Ministerio Fiscal interesó en ese momento que se solicitara la correspondiente comisión rogatoria internacional al Estado de Canadá, como posibilidad razonable para la práctica de la prueba admitida.

La Sra. Presidenta desestimó tal alternativa argumentado que la misma pudo haberse interesado en su momento.

Posteriormente en la momento de la prueba documental el Tribunal invitó a las acusaciones a introducir en el plenario de declaración del Sr. Jocol por lectura o reproducción, al amparo del art 730 LECRIM. Tanto el Ministerio Fiscal como las acusaciones rechazaron dicha posibilidad por carecer de sustento legal alguno, planteándose por la acusación popular y particular como única alternativa existente en ese momento procesal, que se librara la referida comisión rogatoria internacional como cauce previsto en el tratado de Asistencia Mutua en materia penal entre el Reino de España y Canadá, hecho en Madrid el 4 de julio de 1994, con la suspensión del juicio hasta la comparecencia del testigo como habilita el art, 746-3 LECRIM. La Sra. Presidenta dió por reproducida la resolución acordada por mayoría del tribunal, sobre la prueba testifical, reiterando la acusación la protesta previamente formulada.

La parte recurrente cuestiona la denegación por parte del tribunal de la práctica de la testifical del Sr. Jocol por los motivos que se recogen en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada:

1º Porque "la practica de la testifical en dichas condiciones además de carecer de la menor garantía, vulneraba abiertamente las previsiones del convenio de Asistencia Judicial suscrito entre España y Canadá" el 3 de marzo de 1995 que regula con precisión el procedimiento y atribuye a los ministerios de Justicia la condición de autoridad central y cauce para remisión de las solicitudes de asistencia.

2º Porque "no existía tiempo suficiente para remitir con garantía de éxito la comisión rogatoria por el cauce legalmente establecido, sin grave riesgo de provocar la repetición del juicio, conforme a lo previsto en el art. 749 Lecrim.

3º Y porque en el momento de la practica de la prueba documental " se dió a la acusación la oportunidad de proceder a la lectura de las declaraciones de dicho testigo obrantes en autos, al amparo de lo dispuesto en el art. 730 LECRIM. renunciando las acusaciones a dicha lectura" y entiende, por el contrario que:

- Había posibilidad real de practicar la declaración testifical y ausencia de voluntad por parte del tribunal, destacando: las condiciones especiales del testigo; la importancia de un testimonio que hubiere permitido al tribunal conocer la realidad de los hechos y la intervención del acusado en los mismos; dicha testifical era una prueba admitida y el tribunal pudo practicarla con el sistema Clearsea o mediante la correspondiente comisión rogatoria - con posibilidad de acudir al art. 11.4 del tratado de Asistencia Mutua en matea penal entre España y Canadá el 4-7-94, solicitud de asistencia de forma verbal en casos de urgencia, máxime cuando las sesiones del juicio oral estaban previstas hasta el día 22 de febrero .Y por último, la imposibilidad de aplicación del art. 730 LECRIM, dado que la situación del Sr. Jocol no cumplía con ninguna de las exigencias legalmente prevista: ni había fallecido, ni se encontraba en paradero desconocido, sino que se encontraba localizado y dispuesto a prestar declaración.

Por tanto, como ni el Fiscal ni las acusaciones interesan la reproducción de una declaración en fase de instrucción al amparo del art. 730 LECRIM, no es de recibo que el Tribunal " a quo" procediera, fuera del plenario, a la reproducción de oficio de aquella declaración sumarial y realizara la misma. Este hecho denota una reprochable falta de imparcialidad objetiva a los miembros del Tribunal, dado que el citado art. 730 LECRIM. solo permite tal lectura o reproducción cuando se interese " a instancia de cualquiera de las partes" y desde el momento en que las partes rechazaron tal posibilidad, ni el tribunal disponía de la facultad de examinarla de oficio, ni la acusación tenía la obligación de aportar pliego de preguntas alguna y la única obligación que descansaba como la mayoría del Tribunal era haber permitido la declaración del testigo en el acto del juicio oral y no se hizo.

Por tanto, la sentencia recurrida vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, " derecho a un proceso justo con todas las garantías y a "utilizar los medios de prueba pertinentes" y consecuentemente con ello, el motivo deberá ser estimado, casando la sentencia recurrida y anulando la misma, con devolución de la causa al tribunal de procedencia para la

celebración de nuevo juicio oral con magistrados distintos a los que intervinieron en el primero.

TERCERO.- El desarrollo del motivo hace necesario recordar como esta Sala -SSTS. 111/2010, de 24 de febrero; 629/2011, de 23 de junio; 157/2012, de 7 de marzo; 598/2012, de 5 de julio, entre otras muchas- tiene declarado que la Constitución entre los derechos que consagra el art. 24 CE, sitúa el derecho a usar los medios de prueba que resultan pertinentes para su defensa. La conculcación de este derecho, situado en el marco de un derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión. La relación de instrumentalidad existente entre el derecho de la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no es suficiente para que la pretensión de los recurrentes deba aceptarse, pues para que sea así el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si esta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de una indefensión desde la perspectiva constitucional.

Como hemos recordado en reciente STS 292/2018, de 18 de junio, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del derecho mismo a la defensa no se configura como un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas «rechazando las demás» (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por

imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el derecho de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: «pertinencia» es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye «thema decidendi»; «relevancia» existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

En efecto la pertinencia de la prueba -requisito de su admisión no conlleva la necesidad que dice el art. 746-3 LECRIM para acordar la suspensión, pues si el Tribunal se considera suficientemente informado para

formar un juicio completo sobre los hechos, no debe prescribir medida que, como la suspensión del juicio oral, ocasionaría dilaciones injustificables del proceso (STS 206/1994, de 11 de junio).

Esta Sala exige, para acordar la suspensión, además de los requisitos formales de que la diligencia probatoria que no haya podido celebrarse por denegación de la suspensión hubiese sido solicitada por la parte recurrente en tiempo y forma, que tal prueba hubiese sido declarada pertinente por el tribunal y en consecuencia programada procesalmente, que ante la decisión de no suspender se hubiese dejada constancia formal de la protesta, en momento procesal oportuno, con el adecuado reflejo en el acta, siquiera sea de modo sucinto, de los extremos del interrogatorio que se proponían formular al testigo inasistente con el fin de poder valorar la relevancia de su testimonio; la concurrencia de unos requisitos de fondo, necesarios para que prospere este motivo de recurso, que podemos concretar en que la prueba denegada (y a ello equivale la denegación de la suspensión del juicio oral dada la inasistencia de uno o varios testigos):

1º) Sea necesaria, en el doble sentido de su relevancia y su no redundancia.

2º) Sea posible en el sentido de que deben agotarse razonablemente las posibilidades de traer al testigo a presencia del Tribunal. Y

3º) Su falta de realización ocasione indefensión a la parte que formuló el recurso y propuso como propia la prueba.

En la práctica habría que evaluar cada caso teniendo en cuenta el resto del material probatorio de que se dispuso y la incidencia que la prueba denegada tuviese en la formación de la convicción del órgano decisor para configurar la resolución definitiva del proceso.

Como primer requisito de fondo, por tanto, es preciso que la prueba cuya práctica se ha denegado, no solo fuese pertinente sino necesaria. La pertinencia se mueve en el ámbito de la admisibilidad, como facultad del tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es

pertinente por admisible. La necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lentamente no realizarse, por muy diversas circunstancias, entre ellas la decisión del Tribunal de no suspender el juicio pese a la incomparecencia de algún testigo, adoptada al amparo de lo prevenido en el art. 746.3 LECRIM. Decisión que se adopta por no considerar necesaria la declaración de mismo, bien por su irrelevancia- visto el estado del juicio el contenido de su testimonio no es relevante respecto a los hechos determinantes de la subsunción delictiva y circunstancias que afectan a la responsabilidad del acusado - o bien por su redundancia- después de haberse desarrollado un amplio debate contradictorio el testimonio del testigo que no comparece resulta superfluo e innecesario ya que no aportaría nuevos datos que puedan ser sustanciales a la hora de formar la convicción de la Sala (SSTS 136 /2000, de 31 de enero; 1217/2003, 29 de septiembre; 474/2004, de 13 de abril).

La decisión del Tribunal sobre la necesidad de la declaración testifical vendrá, pues determinada por el alcance de las demás pruebas practicadas y por el contenido de las preguntas que se iban a someter al testigo incomparecido y probable resultado de su declaración.

En definitiva, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba sino que es preciso que tal denegación haya producido indefensión, de manera que el motivo exige demostrar, de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no pudieron probar por la prueba no practicada, y de otro lado, debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia (STS 104/2002, de 29 de enero; 581/2009 de 2 de junio).

CUARTO.- En el caso actual la sentencia recurrida, fundamento derecho segundo (pag. 28-29) analiza la cuestión relativa al testimonio del Sr. Lionel Jocol Carrillo, propuesta por ambas acusaciones, solicitando su citación a través de los servicios de CICIG, razonando como "apenas unos días antes de la fecha señalada se puso en conocimiento de la Sala la imposibilidad de

practicar la videoconferencia con el citado testigo por residir en Canadá. Ante dicha situación, y habiendo manifestado el testigo su negativa a declarar en el Consulado guatemalteco, las acusaciones solicitaron que fuera practicada videoconferencia a través del sistema Clearsea, similar a Skipe, a través de la mediación de un letrado de Canadá, quien afirmaba poder contar con la colaboración de funcionarios del Servicio de Migración. Considerando la Sala que la práctica de la testifical en dichas condiciones, además de carecer de la menor garantía, vulneraba abiertamente las previsiones del Convenio de Asistencia Judicial suscrito entre España y Canadá el 3 de marzo de 1995, que regula con precisión el procedimiento, y atribuye a los Ministerios de Justicia la condición de Autoridad Central y cauce para la remisión de las solicitudes de asistencia, se acordó su denegación, estimando además que no existía tiempo suficiente para remitir con garantía de éxito una Comisión Rogatoria por el cauce legalmente establecido, sin grave riesgo de provocar la repetición del juicio, conforme a lo previsto en el artículo 749 Lecrim. No obstante, en el momento de práctica de la prueba documental, se dio a la acusación la oportunidad de proceder a la lectura de las declaraciones de dichos testigos obrantes en autos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 Lecrim., renunciando ambas acusaciones a dicha lectura.

Tampoco formularon las acusaciones, habiendo podido hacerlo, las preguntas que pretendía hacer al testigo, lo que impide al Tribunal valorar su pertinencia lo que es esencial para determinar la imprescindibilidad de la prueba. En todo caso, la Sala ha examinado como prueba documental el contenido de las declaraciones prestadas por dicho testigo en fase de instrucción y comprobado que ningún elemento o dato aportan en cuanto a la concreta participación del acusado en los hechos, de modo que su testimonio en el plenario en ningún caso hubiera tenido capacidad de modificar el sentido del Fallo.

Razonamiento que en cuanto a lo no suspensión del juicio debe ser asumido en esta sede casacional, aunque precise de alguna matización.

- En primer lugar, la pretensión de las acusaciones de que aquella declaración se llevara a cabo, por videoconferencia a través del sistema clearsea, en un despacho de abogados canadiense y con la presencia -no

garantizada- de un funcionario canadiense de fronteras para verificar la identidad del testigo, fue correctamente rechazada por el Tribunal de instancia, al violentar los mecanismos de cooperación jurisdiccional entre España y Canadá, al dirigirse el Tribunal directamente- a un funcionario canadiense al margen de los conductos establecidos en los tratados suscritos entre ambos países y sin la menor garantía del correcto desarrollo de la declaración.

- En segundo lugar en relación a la posibilidad de utilización por la Sala del art. 730 LECRIM hemos declarado en STS 148/2011, de 9 de marzo, que constituye uno de los excepcionales cauces para conferir validez como elemento de prueba del contenido de diligencias practicadas antes del juicio oral, fuera del marco general del art. 741 de la misma y sin vulnerar la garantía constitucional de presunción de inocencia solamente enervable , en principio, por prueba lícita y practicada en juicio oral y público.

Dicho precepto cubre los casos en que no siendo posible la declaración testifical en juicio oral, la imposibilidad se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles .

En ese ámbito dispone el art. 730 LECRIM que podrán leerse "**instancia de cualquiera de las partes**" las diligencias practicadas en el sumario que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

Esta posibilidad probatoria excepcional hemos dicho en reciente STS 225/2018, de 16 de mayo conforme con la Constitución Española (SSTC 25 febrero 1991 y 8 de noviembre de 1993), no puede extenderse más allá de lo que autoriza su misma excepcionalidad. Por tanto: **a)** es imprescindible que sobrevenga una verdadera imposibilidad que conduzca a la irreproducibilidad en juicio de la prueba. Así sucede en los casos de testigo fallecido o con enfermedad grave y en los casos de testigos en ignorado paradero o ilocalizables. En el caso de testigos en el extranjero su falta de obligación de comparecer (art. 410 LECr) no equivale a la imposibilidad de la misma, porque ni impide su citación a través de las normas sobre asistencia recíproca internacional en el ámbito penal, ni impide su declaración en el extranjero a

través del auxilio judicial. Sólo si no se conoce el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas, cabe utilizar el excepcional mecanismo del art. 730 de la LECr. La doctrina mayoritaria de esta Sala no justifica la aplicación directa del art. 730 de la LECr, a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero, exigiendo el previo fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia. En tal sentido las Sentencias de 26 marzo de 1995, 25 mayo de 1996, 27 diciembre de 1999, entre otras muchas; y b): cuando proceda la aplicación del art. 730 es inexcusable la lectura en Juicio Oral de la diligencia sumarial. Este es un requisito ineludible que no se satisface con dar por reproducida la declaración sumarial, en ningún caso. Esta técnica de dar su lectura por reproducida, aplicable a la prueba documental propiamente dicha no es extensible al testimonio sumarial porque el sumario no es propiamente prueba documental sino la forense documentación de las diligencias actuadas en averiguación del delito. Rechazada esa incorrecta práctica por inconstitucional (SSTC 150/1987, de 1 de octubre; 140/1991 de 20 de junio; 153/1997 de 29 de septiembre) la necesidad de efectiva lectura descansa en la precisión de que el Tribunal sentenciador tenga conocimiento formal, ante las partes y en público, del contenido de la declaración. Sólo con la lectura se satisface el principio de inmediación de esa prueba y el principio de oralidad y el de publicidad, de modo que actúa como presupuesto condicionante de su validez como prueba de cargo. Por lo tanto, la lectura debe hacerse a petición de la parte que propone la prueba, sin que proceda hacerlo de oficio, y hacerse de modo efectivo leyendo realmente ante el Tribunal, ante las partes, y en público el contenido de esa declaración, sin la cual carece de valor como prueba de cargo.

- En tercer lugar, ya hemos indicado ut supra que tratándose de prueba testifical, ante la denegación de la admisión y correlativa decisión de no suspensión del juicio oral, es necesario no solo la protesta, sino hacer constar, aunque sea de modo sucinto, las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, consignando los extremos de dicho interrogatorio, con la finalidad de que, primero el Tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba propuesta y los

puntos que la parte pretendía aclarar con su interrogatorio (SSTC 116/83, de siete de diciembre, 51/90, de 26 de marzo; y SSTS 1096/2006, de 16 de noviembre; 1106/2010, de 16 de diciembre).

Si bien este requisito no juega con la misma intensidad en unos casos y otros, pues dependerá de las circunstancias concurrentes de las que puedan deducirse las preguntas que se pretendían realizar al testigo y consecuentemente la valoración de la decisión judicial (SSTS 136/2000, de 31 de Enero, 1653/2000, de 26 de octubre, 609/2003, de 7 de mayo; 1259/2004, de 21 de diciembre).

QUINTO.- En el caso concreto que nos ocupa la sentencia de instancia destaca no sólo que las acusaciones rehusaron la oportunidad que les ofreció el Tribunal de proceder a la lectura de las declaraciones de dicho testigo, prestadas en España ante el Juez de Instrucción Central nº 3 el 13 de marzo de 2013, con todas las garantías de contradicción y defensa, al amparo de lo dispuesto en el art. 730 LECRIM, dado que de oficio, conforme al tenor literal de este precepto, no podía acordarse su lectura, sino que tampoco consignaron las preguntas que pretendían hacer al testigo, lo que privó a la Audiencia de la posibilidad de valorar de necesidad de su testimonio y su imprescindibilidad. Y es solo para constatar esa trascendencia y pertinencia de la prueba por lo que examinó, como prueba documental obrante en las actuaciones, el contenido de la declaración sumarial del Sr. Jocol en orden a su virtualidad para alterar el contenido del fallo, y entiende que "ningún elemento o dato aportan en cuanto a la concreta participación del acusado en los hechos, de modo que su testimonio en el plenario en ningún caso hubiera tenido capacidad de modificar el sentido del fallo".

Pues bien esta sala casacional al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada o la no suspensión del juicio por la no practica de una prueba admitida, establece por todas STS 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto

sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. de su equivalente por infracción de precepto constitucional, art. 852 LECRIM, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio *ex post*. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar *a posteriori* y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

De acuerdo con estas premisas necesariamente debemos partir - tal como señala la representación del recurrido Sr. Viemann al impugnar el motivo- que el testigo Sr. Jocol solo podría declarar sobre los hechos de Pavón, únicos en los que estuvo presente, y no sobre los hechos de las cuevas, en los que no estuvo, y sobre lo que pudo apreciar como miembro de seguridad del subdirector de investigación criminal, Sr. Figueroa Díaz, quien estuvo presente en el asalto a Pavón, en la mañana del 25 de septiembre de 2006.

Y sobre el que declararon ya en el acto del juicio oral, otros dos miembros de seguridad del Sr. Figueroa, Julio Cardona González y Moisés Archila Trujillo cuya declaración analiza el Tribunal en la página 16 de la

sentencia, junto con las de otros testigos presenciales del asalto a Pavon, policia miembros de seguridad del Director de la Policia Nacional Civil Edwin Sperigen, Santos Abilio Jiménez y Edwin José Segura Tunchez; comisarios José Paulino Bosch Cojun, Cesar Amilcar Rojas, Irrain Corado Zuñiga y Fidel Antonio Tellez; y los reclusos Carlos Benfelt Porras y Nelson Eduardo Rodríguez.

Consecuentemente la declaración del Sr. Jocol, inicialmente pertinente, habría devenido innecesaria, al existir sobre los mismos extremos - asalto a Pavón - numerosa prueba testifical, por lo que la realización de la prueba no hubiera alterado el fallo absolutorio, y la suspensión sine die del juicio para la práctica de la misma mediante comisión rogatoria a Canadá- que pudo la parte acusadora haber solicitado desde el día en que inicialmente estaba prevista la declaración del Sr. Jocol, 7 de Enero, y tuvo conocimiento que este testigo residía en aquel país, vulneraría los principios de concentración e inmediatez y los derechos a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.

SEXTO.- El motivo segundo por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 CE, derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a un proceso con todas las garantía y a utilizar los medios de prueba pertinentes con base procesal en el art. 852 LECRIM., dado que el tribunal no valoró la prueba documental consistente en las condiciones de las declaraciones de diferentes testigos prestadas ante la autoridad judicial guatemalteca, denominadas en la legislación de ese país "anticipo de prueba" que fueron practicadas con todas las garantías en los tribunales de Guatemala y admitidas por el tribunal español.

Este " anticipo de prueba" es equiparable a la prueba anticipada contemplada en los arts. 448 y 449 de nuestra ley procesal penal, fue admitida como prueba documental referida a los testigos Ausencio Hugo Sandoval Bautista, Guadalupe Ruiz López, Luis Felipe Camajá Cabrera, Orlando Marroquín Zacarías, y Ludwin Alonso Cruz, y en el acta del Juicio oral del 20 de febrero de 2017 se solicitó su reproducción al tratarse de prueba documental admitida y por tanto, pertinente, útil y necesaria.

El tribunal acordó, tras el debate suscitado sobre dicha cuestión, la reproducción de la prueba, al haber sido admitida, como documental, pero reservándose la facultad de su eventual valoración a efectos probatorios.

La sentencia, hoy recurrida, fundamento jurídico Segundo, considera que dicha prueba documental no puede ser considerada como prueba anticipada conforme a lo dispuesto en el art. 730 LECRIM, ni puede ser objeto de valoración por el tribunal por adolecer de "manifiesta falta de respeto a las mas elementales garantías, entre ellas, de manera destacada, el principio de contradicción, que se muestra como una exigencia ineludible del derecho de defensa y del derecho a un proceso publico con todas las garantías".

Considera, además, el recurrente coincidiendo con el voto particular de la sentencia, que los anticipos de prueba practicados ante el Tribunal Primero de Sentencia penal, narcoactividad y delitos contra el Ambiente del Departamento de Guatemala y admitidos por el Tribunal como prueba documental, se realizaron con todas las garantías establecidas en la Ley procesal penal de Guatemala, en presencia de la autoridad judicial competente doméstica, con la defensa de las personas encausadas presentes en Guatemala y del Ministerio Público y además, en presencia de un abogado designado específicamente por el Instituto de la Defensa Pública para controlar dicho acto.

Por lo tanto el tribunal enjuiciador debió "valorar dicha prueba documental, como valoró tacitamente otras pruebas practicadas en el procedimiento penal guatemalteco con menos garantías que los anticipos de prueba, al consentir que las partes se valieran de declaraciones de testigos ante la Fiscalía Guatemalteca, asimilándolas a las prestadas en el sumario del proceso español, a través de la formula del art. 714 LECRIM.

Y en todo caso el Tribunal si considerara improcedente otorgar a dichos testimonios el valor probatorio debido, podría haber facilitado la practica de la prueba testifical de dichos testigos que considerase necesarios, como previene el art. 729.2 LECRIM, o en otro caso, tal y como considera el voto particular,

debería haberse valorado la imposibilidad de comparecencia de los testigos, por razones de seguridad y protección, como una situación asimilada a las expresamente previstas en el art. 730 LECRIM.

Por tanto considera que el motivo debe prosperar, casando y anulando la sentencia, con retroacción de las actuaciones al momento del dictado de la sentencia para que dicha prueba documental admitida pueda ser tenida en cuenta y valorada por el Tribunal.

El motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Es cierto que aunque la regla general es que no corresponde a la autoridad judicial española la facultad de supervisión de actuaciones probatorias realizadas de otro país, que no deben pasar por el tamiz de las normas españolas, debiendo estarse a las normas y garantías que para la obtención de pruebas rigen en el país en que se han obtenido o practicado, también lo es que en la doctrina se plantean diversas excepciones a esta reglas entre ellas posibles vulneraciones que puedan afectar al orden público procesal que ha de examinar el tribunal finalmente llamado a valorar la prueba obtenida en el extranjero, pues pudiera darse el supuesto de que una concreta diligencia no vulnere la normativa internacional reguladora, ni la legislación interna del país, en el que se practica, pero vulnera garantías esenciales del proceso penal del Estado en que deben valorarse, lo que provocaría su nulidad a pesar de la legalidad en su obtención.

Esta es la situación producida en el caso que examinamos en relación a la denominada "anticipo de prueba".

En efecto hemos de partir -como dijimos en SSTS 139/2010, de 2 de diciembre; 306/2012, de 15 de mayo; 225/2018, de 16 de mayo de que- la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión

adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, S 41; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, S 47; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, S 51).

Esa naturaleza de cauce excepcional, obliga a la estricta observancia de los requisitos legalmente impuestos al efecto. Estos han sido definidos en la jurisprudencia, la Constitucional y la de este Tribunal, partiendo del propio texto legal citado.

En la Sentencia de esta Sala nº 89/2011 de 18 de febrero, recordábamos que en la sentencia de la misma Sala nº 788/2010, de 22 de septiembre volvimos a indicar que la utilización del material probatorio personal producido en la fase sumarial solamente puede fundar la condena cuando, concurren los requisitos que el Tribunal Constitucional exige.

Y en la Sentencia nº 134/2010 de 2 de diciembre dijimos: *la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción resulta constitucionalmente aceptable siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado, esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor, bien cuando se prestan, bien con posterioridad (en este sentido, SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 148/2005, de 6 de junio, FJ 2, y 1/2006, de 16 de enero, FJ 4). En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su **imposibilidad** de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del **Juez de Instrucción**), objetivos (que se garantice la posibilidad de **contradicción** y la **asistencia letrada** el imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la **lectura** del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al **debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez o***

Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c)].

Ciertamente también indicábamos que *lo que nuestra doctrina garantiza no es la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción* (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3), *resultando que dicho principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable* (SSTC 80/2003, de 28 de abril, FJ 6; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4; y 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3).

No obstante reclamábamos la efectividad en la posibilidad de tal contradicción indicando que: *una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada después mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial [así, SSTC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4, y 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 e)]".*

Se ha dicho con razón que la verdadera fuerza o valor probatorio de la prueba testifical descansa en el hecho de que se produzca ante la presencia inmediata del tribunal, pues la inmediación tiene indudable influencia en la debida valoración del testimonio a la hora de conformar el convencimiento judicial.

Sólo excepcionalmente la LECr., cuando se dan razones de imposibilidad del testigo, permite prescindir de su personal comparecencia en el propio Juicio Oral sustituyéndola por soluciones en que reproduce una mayor o menor observancia, según los casos, de la inmediación ante el tribunal Juzgador.

Así en STS 28-7-2009- (S. 849/2009); y 1375/2009, de 28-12, se concreta debidamente el ámbito de lo que se entiende como prueba anticipada y preconstituída:

a) Así sucede, observándose la inmediación, con la llamada prueba anticipada en sentido propio -se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657-3º que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral; que pudiera motivar su suspensión Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781-1 punto tercero y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa respectivamente, solicitar la "práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral".

En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior a la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de las pruebas, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e inmediación ante el tribunal Juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 875.1 LECr.).

b) Un segundo supuesto diferente es el denominado por algunos como "prueba preconstituída" por diferenciación con el primero en cuanto ya en este segundo la prueba no se practica como aquél ante el tribunal Juzgador sino ante el Juez de Instrucción; y denominado por otros como prueba "anticipada en sentido impropio", por esta misma razón, unida a la necesidad de reservar el término de "prueba preconstituída" a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible. Se llame de una o de otra manera, este segundo supuesto es el de las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que

permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el Juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr, disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la inmediación, el precepto garantiza al menos una cierta inmediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: **a)** En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; **b)** en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor –a salvo el supuesto del art. 449- y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; **c)** en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448, es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y **d)** que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella

fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.

OCTAVO. - La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta implica la improsperabilidad de la queja.

-En primer lugar la prueba documental propuesta se refiere a audiciones de unos testigos que declararon en fase de investigación en el procedimiento judicial seguido por estos hechos en Guatemala contra otras personas, sin que las acusaciones interesaran su testimonio como prueba testifical en el juicio oral en el procedimiento seguido en España, ni señalaron qué impedimentos concurrían para que todos o algunos de ellos comparecieran ante el Tribunal Español.

En segundo lugar aquellas declaraciones no se produjeron a petición de la justicia española sino en un proceso seguido en Guatemala en el que no fue acusado el Sr. Viemann, por lo que su defensa no tuvo oportunidad alguna de participar en las mismas ni someterlas a contradicción. Tal es así que la sentencia dictada por la Corte Constitucional Guatemalteca (obrante en los folios 2271-2290 tomo VI) ordenó eliminar cualquier mención al Sr. Viemann en ella, puesto que no fue acusado ni parte en el procedimiento.

Deficit de contradicción no imputable a la parte acusada o a su defensa que determina su falta de validez, que no puede ser subsanada mediante la lectura o audición en el plenario de aquellas declaraciones.

-La queja de los recurrentes de que en el plenario si se permitió por la Sala la lectura de otras declaraciones prestadas en Guatemala a efectos de confrontarlas con lo que algún testigo estaba relatando en el juicio oral, conforme lo dispuesto en el art. 714 LECRIM, se refiere a un supuesto distinto, pues en estos casos el testigo ni había comparecido ante el Tribunal de enjuiciamiento y su testimonio estaba siendo sometido a contradicción.

NOVENO.- Simular pronunciamiento ha de recaer sobre la posibilidad de que el tribunal de instancia hubiera podido hacer uso de las citaciones de aquellos testigos por la vía del art. 749.2 de la LECrim.

Como recogen las SSTs 2030/2002, de 4 de diciembre, 788/2004, de 18 de junio, el artículo 729 de la LECrim., contiene unas facultades de iniciativa al Tribunal sentenciador que, como reiterada jurisprudencia de esta Sala Segunda tiene declarado, encuentra su justo límite en la garantía y el derecho a un tribunal imparcial, derecho que pertenece al núcleo de las garantías procesales y que se encuentra reconocido tanto en el art. 6 del Convenio Europeo como en el art. 24 de nuestra Constitución, singularmente, en relación al párrafo segundo de dicho artículo, que contiene la posibilidad de proponer pruebas no propuestas por las partes. Garantía-derecho del procesado a ser juzgado por un tribunal imparcial,- que resulta desconocida cuando el tribunal asume el papel de acusador y persecutor del acusado.

Como afirman las referidas sentencias, lo que no puede efectuar el tribunal sentenciador es sustituir a la acusación en su obligación constitucional de aportación de la prueba de cargo, pues, en tal caso, se produciría una quiebra del principio acusatorio.

Del mismo modo la STS 443/2009 de 8 de abril extrae las siguientes conclusiones en la interpretación del art. 729 de la LECrim., especialmente en su fundamento segundo:

A) Su aplicabilidad no ofrece duda cuando se trata de pruebas acordadas de oficio con el fin de determinar el alcance probatorio o la eficacia de otras pruebas propuestas por las partes. Esta finalidad es en definitiva la que explícitamente se encuentra en los dos casos previstos en los números 1 y 3 del art. 729 de la LECriminal.

B) Igualmente el art. 729-2º no es contrario a la inexcusable imparcialidad del Tribunal, integrada en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuando en la búsqueda de la verdad material, finalidad esencial del proceso, sin perder la imparcialidad, se utiliza aquella facultad como cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates y que las propias partes plantean. En esos casos no está ejercitando el Tribunal una facultad de iniciativa o de proposición de prueba sino una facultad ordinaria de resolución en función de un juicio de

necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes.

C) Asimismo, cuando la prueba se acuerda por iniciativa del Tribunal para poder decidir de forma fiable con suficiente comprensión de lo alegado por las partes -por ejemplo inspección ocular para entender las descripciones que se hacen de un lugar- y de las circunstancias en que se enmarca el hecho enjuiciado, se origina una prueba neutral que no afecta la imparcialidad del Tribunal ni contradice el principio acusatorio.

D) Lo que en ningún caso puede hacer el Tribunal es sustituir a la acusación en su obligación constitucional de aportar la prueba de cargo. No es por tanto admisible la sustitución por el Tribunal de la actividad probatoria de las acusaciones de tal forma que la única prueba utilizada para desvirtuar la presunción de inocencia sea la practicada por iniciativa del Tribunal por la vía del art. 729-2º de la LECriminal.

Y en igual sentido la STS 26/2016 de 28 de enero, con cita de la STS 1186/2000 de 18 de junio ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECr puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECr por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la LECr. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/1993, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 4 de noviembre de 1996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1998, 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

De modo, que efectivamente, no puede ser interpretado el art. 729.2 de forma que autorice una toma de posición del Tribunal que pudiera suponer el abandono de su imprescindible imparcialidad para subsanar la inacción o los posibles errores de las partes, especialmente de la acusación (STS 1062/2003, de 16 de julio).

Por último la pretensión de asimilar la situación de estos testigos, por razones de seguridad y protección, a las previstas expresamente en el art. 730 de la LECrim , estaría en contradicción con la postura mantenida por los propios recurrentes en el motivo primero en orden a que la aplicación de tal precepto debe hacerse a petición de las partes, sin que proceda de oficio por el tribunal.

DÉCIMO .- El motivo tercero al amparo del art. 850 de la LECrim., por quebrantamiento de forma, por haberse denegado determinada prueba testifical propuesta en tiempo y forma en el acto del plenario, al amparo del art. 729.3 de la LECrim., al haber sido introducido el testimonio de los testigos propuestos por la declaración prestada en el acto del juicio por testigos de referencia.

En concreto Felipe Camaja y Guadalupe Ruiz testigos presenciales del denominado "Rio Hondo" y César Alfredo Urrutia y Braulio Vázquez del caso "Las Cuevas", cuya testifical fue propuesta en la sesión del juicio oral de 12 de enero de 2017.

Dichos testigos fueron introducidos en el acto del plenario a través de las declaraciones de testigos de referencia, como Rafael Guillamón Moreno (inspector de policía español e investigador de Guatemala de CICIG, en entre otros, en los casos de las Cuevas y Rio Hondo) y Cristian Ulate (fiscal de la CICIG entre otros en los casos de las Cuevas y Rio Hondo).

El testimonio de los testigos Felipe Camaja y Guadalupe Ruiz, había sido, además, solicitado como prueba documental consistente en la audición de las declaraciones prestadas ante la autoridad judicial guatemalteca documentadas como "anticipos de prueba".

En consecuencia, las acusaciones particular y popular, propusieron aquellas testificales señaladas al amparo del art. 729.3 de la LECrim, en atención a lo declarado por referencia por los testigos Guillamon y Ulate, en el acto del juicio oral, a efectos de valoración probatoria, y como complemento de dichos testigos.

El tribunal, por mayoría, en el fundamento jurídico segundo, en relación a la prueba referente a los Sres. Camaja y Ruiz, estableció que ninguna razón justificaba la admisión extemporánea de dichas pruebas al no concurrir el supuesto contemplado del art. 729.3 de la LECrim., al no darse un hecho nuevo, imprevisto o desconocido para las partes que lo justificara, sin que diera respuesta a la de los Sres. Urrutia y Vázquez.

Por el contrario el voto particular de la sentencia consideró que debió admitirse la práctica de la prueba de resultar ello factible.

El motivo entiende que los testigos Felipe Camaja y Guadalupe Ruiz estuvieron presentes en la ejecución del prófugo Santacruz y el testigo de referencia Guillamón afirmó en el plenario que sus fuentes de información eran aquellos testigos, y que Camajá le manifestó en relación a estos hechos que Víctor Soto, comisario de Policía Nacional Civil en la ciudad de Guatemala, se comunicaba telefónicamente con un sujeto al que se refería con expresiones tales como "a la orden Sr. Ministro". Así mismo aquel testigo de referencia afirmó que los testigos Camajá y Guadalupe de confirmarse que Víctor Miera, asesor del Ministro Viemann estaba presente en el momento de la ejecución de Santacruz.

El testigo de referencia Cristian Ulate estuvo presente en el acto de los "anticipos de prueba" de estos testigos, en su condición de querellante adhesivo en representación de la CICIG

En cuanto a los testigos César Urrutia miembro de la PNC, jefe de la Comisaría del Área de Villanueva, según los recurrentes estuvo presente en el operativo que finalizó con las ejecuciones de los prófugos Morales y Maldonado, y el segundo Braulio Vázquez fue el que informó a la PNC del paradero de estos prófugos. Su testimonio fue introducido por el Sr. Guillamón al manifestar en el acto del juicio que los citados habían constituido su principal fuente de información.

El testigo Cristian Ulate, en calidad de fiscal, tomó declaración sobre estos hechos a Urrutia.

Por tanto consideran los recurrentes que la práctica de la testifical de los Sres. Camajá, Ruiz, Urrutia y Vázquez hubiera tenido aptitud o capacidad de alterar el resultado del fallo de la sentencia y el tribunal de instancia debió hacer uso de sus facultades discrecionales mediante la admisión de dicha prueba, conforme al art. 729.3 de la LECrim.

El motivo no puede prosperar.

Esta Sala tiene declarado –ver STS 641/2017, de 28 de septiembre, que como regla general el art. 728 de la LECrim. prohíbe que se practiquen otras diligencias de prueba que no sean las propuestas por las partes ni que se examine otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas.

Pero el artículo 729 LECrim, -como recuerdan las SSTS 439/2013 de 22 mayo y 413/2015 de 30 junio-, establece tres excepciones ha dicho principio. Pueden realizarse también, apartado 1º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. Apartado 2º) que cita el recurrente. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, y en el apartado 3º) más aplicable al presente caso. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles."

Puede discutirse –continúa diciendo la STS. 439/2013-, si la denegación de una petición canalizada a través del art 729.3º LECrim es susceptible de casación. La dicción del art. 850.1º concuerda con los términos del art. 659 LECrim, que habla de la necesidad de admitir todas las pruebas que sean pertinentes, y arbitra la posibilidad de recurso cuando se denieguen. Previsiones semejantes no se encuentran en el art. 729.3º. En éste, además, ya no se habla de "pertinencia", sino que parece abrir paso a una mayor discrecionalidad del Tribunal: "si las considera admisibles".

Es bastante pacífico entender que las decisiones adoptadas al amparo de los números 1 y 2 del art. 729 LECrim no son revisables en casación.

En relación al art. 729.3 LECrim se ha abierto paso una solución más favorable a la posibilidad de supervisar esa decisión por este Tribunal, aunque sin perder de vista ese mayor nivel de “discrecionalidad” que concede la Ley a la Sala de instancia.

La STS 276/2012, de 2 de abril analiza los antecedentes jurisprudenciales sobre esta cuestión pronunciándose por la apertura a la revisión casacional de esa facultad:

“...se alega que la Sala sentenciadora de instancia debió suspender el juicio oral para practicar una sumaria instrucción, al amparo de lo autorizado en el art. 729.3º... Dicho precepto permite practicar excepcionalmente «las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

El ejercicio por el Tribunal de las facultades que le otorga el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede, en efecto, ser objeto de control casacional, como hemos dicho en nuestra Sentencia de 6 de julio de 2000, y reiterado en la STS 306/2003, de 4 de abril. Ahora bien, las razones que expresa la Audiencia, en el sentido de que no existe motivo alguno para dudar de la veracidad de los testigos funcionarios policiales de aduanas, es suficiente para su denegación.

En este sentido, la STS 1100/2002, de 13 de junio, declara que el art. 729, en sus apartados 2º y 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ha destacado la doctrina, es cauce para decidir la práctica de determinadas pruebas cuya necesidad nace del curso de los debates. El Tribunal ejercita una facultad ordinaria de resolución que la Ley le concede expresamente en función de su criterio acerca de la necesidad de la prueba extemporáneamente propuesta por alguna de las partes. Aunque los primeros comentaristas de la LECrim, vieron con algún recelo esta facultad del órgano jurisdiccional, la consideraron fundada por exigencias de Justicia. Para la doctrina actual, es

inobjetable siempre que se respeten los principios de igualdad y contradicción y no se confunda el papel del órgano jurisdiccional con el de la acusación.

La jurisprudencia de esta Sala -como recordaba la STS 1186/2000, de 28 de junio- ha distinguido entre carga de la prueba e impulso probatorio. La prueba se produce para justificar la pretensión (prueba de cargo) o para desvirtuarla (prueba de descargo), que corresponden al Ministerio Fiscal y a las partes. La iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729 de la LECrim puede ser considerada como «prueba sobre la prueba», que no tiene la finalidad de probar hechos favorables o desfavorables, sino de verificar su existencia en el proceso, desde la perspectiva del art. 641 de la LECrim, por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación (existe en este sentido un consolidado cuerpo de doctrina antes y después de la sentencia 2706/1993, de 1 de diciembre, que fue muy restrictiva sobre el alcance del art. 729 de la LECrim. Entre otras, sentencias de 22 de enero de 1992, 2709/1993, también de 1 de diciembre, de 21 de marzo de 1994, 23 de septiembre de 1995, 4 de noviembre de 1996, 27 de abril y 11 de noviembre de 1998, 7 de abril y 15 de mayo de 1999).

La incorporación tardía de las pruebas, sin embargo, sólo es posible si el Tribunal «las considera admisibles» según expresión del propio art. 729.3º; y en este caso, fundadamente estimó que no lo eran".

La doctrina sobre esta cuestión y en relación en exclusiva del art. 729.3 puede articularse en tres puntos:

a) La denegación de una diligencia de prueba propuesta al amparo del art. 729.3 puede revisarse en casación vía art. 850.1 LECrim siempre que se haya verificado la oportuna protesta *in actu*.

b) Esa revisión solo será posible si la prueba se ajustaba estrictamente al presupuesto previsto en el art. 729: ha de ser "prueba sobre la prueba" (que tienda a corroborar o desacreditar el valor de las declaraciones de un testigo y no a introducir hechos distintos: ha de estar vinculada a otra prueba), y que se

ofrezca en ese momento por alguna de las partes. Por "ofrecer" ha de entenderse no solo la proposición, sino también la posibilidad de practicarla en el acto (un documento que se entrega en ese momento; o un testigo no propuesto que está en estrados, v.gr). "Ofrecer" implica la aportación en ese momento. No es factible la suspensión del juicio oral que solo procedería, en su caso, ante "revelaciones o retractaciones **inesperadas**" (art. 746.6 LECrim).

c) Que concurren los demás requisitos que condicionan la prosperabilidad de un motivo por el cauce del art. 850.1 LECrim, en el bien entendido de que deberá ser muy superior el rigor al enjuiciar la **necesidad** de esa prueba, en la medida en que la ley deposita un mayor margen de discrecionalidad, como se ha razonado, en el Tribunal de instancia.

Desde estos presupuestos la pretensión del recurrente resulte inviable.

En efecto la acusación popular y particular en su escrito de conclusiones no propuso la declaración de aquellas personas como prueba testifical, pese a que sus declaraciones figuraban en las actuaciones, en la pieza del Ministerio Público (folio 310, César Alberto Urrutia; folio 318 Braulio Vázquez; folio 1710 Guadalupe Ruiz; folio 1711 Luis Felipe Camaja) por lo que su proposición en base al art. 729.3 de la LECrim, en el desarrollo de la vista oral resulta extemporánea . Y como hemos señalado el art. 729.3 de la LECrim, presenta la llamada "prueba sobre prueba", no la prueba de hechos o sobre el objeto del proceso, y las testificales interesadas no estaban orientadas a confirmar las declaraciones de los testigos Guillamón y Ulate, dado que el tribunal de instancia no cuestionó la credibilidad de los citados testigos, cuyas declaraciones se recogen en la pag. 14 y 15 de la sentencia recurrida, sino investigar y acreditar los hechos.

Sin olvidar que como ya hemos precisado más arriba, resultaría imposible catalogar las testificales propuestas inopinadamente el día 12 de enero de 2017, como prueba ofrecida en el acto, tal y como previene el invocado art. 729.3 de la LECrim. Expresión que la jurisprudencia STS 492/2016, de 8 de junio, equipara a condiciones en práctica inmediata, lo que

en el caso presente resultaría imposible pues implicaría librar comisiones rogatorias a Guatemala con la correspondiente demora.

En definitiva, lo que no puede aceptarse es que una omisión voluntaria o involuntaria de la acusaciones popular y particular en el momento de proposición de la prueba, pueda convertirse en motivo de casación, solicitando la nulidad de la sentencia y la práctica de aquella prueba omitida.

UNDÉCIMO.- Desestimándose el recurso, de conformidad con el artículo 901 LECRIM, se impone las costas a la parte recurrente.

FALLO

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

1) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por la Asociación Pro Derechos Humanos de España, Doña Jacqueline Sharlen Orellana Barrios y Doña Rosa Castillo Barahona, contra la sentencia de 6 de marzo de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el rollo de Sala nº 8/2013, seguido por delito de asesinato y de lesa humanidad.

2) **Imponer** las costas a los recurrentes.

3) **Comuníquese** esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, en su día remitida.

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



Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro

Vicente Magro Servet



NIG: 28079 12 2 2017 0001406
NÚMERO ORIGEN: RLL 0000008 /2013
ÓRGANO ORIGEN: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 2 de MADRID

11110

30-7-18
Alfonso Trauco y Enrique Molina
15314

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA**

SECCIÓN: 002

SECRETARÍA: ILMO. SR. D. JUAN ANTONIO RICO FERNANDEZ

RECURSO NÚM.001 / 0000955 / 2017

RECURRENTE: ASOCIACION PRODERECHOS HUMANOS DE ESPAÑA
representado/a por el procurador/a D./Dña. DOMINGO JOSE
COLLADO MOLINERO, JACQUELINE ORELLANA BARRIOS representado/a
por el procurador/a D./Dña. DOMINGO JOSE COLLADO MOLINERO,
ROSA CASTILLO BARAHONAR representado/a por el procurador/a
D./Dña. DOMINGO JOSE COLLADO MOLINERO

RECURRIDO: CARLOS ROBERTO VIELMAN MONTES representado/a por el
procurador/a D./Dña. GABRIEL MARIA DE DIEGO QUEVEDO ,
MINISTERIO FISCAL

DILIGENCIA DE ORDENACIÓN

Letrada de la Administración de Justicia

ILMA. SRA. D.^a SONSOLES DE LA CUESTA Y DE QUERO

En Madrid, treinta de julio de dos mil dieciocho.

La extiendo yo, la Letrada de la Administración de Justicia para hacer constar que la resolución dictada en el presente recurso, junto el rollo de Sala y la causa de que dimana, se han recibido en el día de hoy en la Secretaría de mi cargo. Seguidamente se procede a notificar a las partes, por los medios telemáticos (servicio de Lexnet) la resolución que se adjunta que es firme y contra la que se podrá interponer, en su caso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, dentro del término de treinta días hábiles siguientes al de la presente notificación, remitiéndose en el día de la fecha al Tribunal sentenciador certificación de lo resuelto en este recurso, con devolución de la causa.

Así lo acuerdo y firmo.

Firmado por: SONSOLES DE LA
CUESTA Y QUERO
30/07/2018 13:19
Minerva

