

RECURSO CASACION núm.: 1931/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel María Martínez Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

Sentencia núm. 490/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

En Madrid, a 19 de mayo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 1931/2020, interpuesto por la acusación particular, D. [Nombre], representado por la Procuradora D.ª [Nombre], bajo la dirección letrada de D. [Nombre], contra la sentencia núm. 63/2020 dictada en el Rollo Jurado núm. 8/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 13 de marzo de 2020 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 10/2019 del procedimiento Tribunal del Jurado núm. 2/2019 dictada el 18 de noviembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Alicante, Secretaría del Jurado.

«FALLO: Que debo absolver y absuelvo libremente al acusado de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas que se le imputaban en el presente procedimiento, dejando sin efecto las medidas cautelares que se hubieran adoptado.» (sic)

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 22 de noviembre de 2019 dictó auto de aclaración de sentencia, en el que consta la siguiente Parte Dispositiva: «Que procede rectificar el error material contenido en la SENTENCIA de fecha 18 de noviembre de 2019, concretamente en el fundamento de derecho cuarto, párrafo octavo, del fallo, en el siguiente sentido:

- Donde dice "[...] esto es, que los disparos se produjeron sobre las 19:55 horas
- Debe decir: "[...] esto es, que los disparos se produjeron sobre las 18:55 horas".»

CUARTO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular D. Vicente Sala Martínez, dictándose sentencia núm. 63/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en fecha 13 de marzo de 2020, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 8/2020, cuyo Fallo es el siguiente: «I.- No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio fiscal contra la Sentencia número 10/2019, de fecha 18 de noviembre, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en la Causa núm. 2/2019. Declarándose las costas de oficio.

II.- No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de contra la Sentencia número 10/2019, de fecha 18 de noviembre, pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en la Causa núm. 2/2019. Con la imposición de las costas de este recurso a la parte apelante.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los tramites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.»(sic)



QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal de D. [REDACTED] que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 852 LECRIM por infracción de los derechos a la tutela judicial sin indefensión y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 Y 2 CE).

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECRIM por infracción de los derechos a la tutela judicial sin indefensión, y en su vertiente de derecho al recurso (art. 24.1 CE).

Tercero.- Al amparo del art. 852 LECRIM por infracción de los derechos a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías, en su vertiente al derecho al juez imparcial (art. 24.1 y 2 CE).

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. [REDACTED] presentó escrito dándose por instruida e impugnando el recurso; el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de fecha 31 de julio de 2020 la inadmisión de los motivos interpuestos y subsidiariamente su desestimación; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 15 de marzo de 2022, y seguidamente la Sala dictó dos Autos de prórroga para dictar sentencia el primero de fecha 7 de abril y el segundo de fecha 9 de mayo de 2022. Habiendo manifestado el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco, su intención de formular voto particular, pasa la ponencia del presente asunto al Excmo. Sr. D. Manuel Muñoz Gómez, de conformidad con lo dispuesto en el art. 206 de la LOPJ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 10/2019, 18 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Alicante en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado núm. 2/2019, instruido por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Alicante, absolvió al acusado [redacted] de los delitos de asesinato y tenencia ilícita de armas por los que venía siendo acusado.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que fue formalizado por el Ministerio Fiscal y la representación legal de la acusación particular ejercida por [redacted]. La sentencia 63/2020, 13 de marzo, desestimó el recurso entablado y confirmó el pronunciamiento absolutorio.

2.- La acusación particular formaliza recurso de casación. Los tres motivos tienen como común anclaje la alegada quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE). El primero y el tercero añaden la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y al Juez imparcial (art. 24.2 de la CE).

El enlace argumental entre las distintas quejas autoriza un tratamiento interrelacionado de los motivos de censura. Se facilita así la conclusión acerca

de si las infracciones denunciadas, en su consideración unitaria, implicaron una vulneración integral de los derechos constitucionales que se dicen menoscabados.

2.1.- La Sala es consciente de las dificultades que han presidido el desarrollo del juicio del que trae causa el presente recurso, algunas de ellas ajenas al estricto debate técnico-jurídico. El análisis de su viabilidad nos ha permitido apreciar los problemas de uno y otro signo a los que hubo de hacer frente la Magistrada-Presidenta. Somos concedores de los obstáculos que, de ordinario, acompañan el ejercicio de la delicada función jurisdiccional que exige el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. No es casualidad que el modelo histórico de la Ley del Jurado de 1888 situara a una Sección de Derecho integrada por tres Magistrados en el mismo lugar que la LO 5/1995 coloca ahora a un único Magistrado. Numerosos precedentes dictados por esta Sala son bien expresivos de la controversia jurídica que sigue a algunas de las decisiones del Magistrado-Presidente. Su función exige un delicado punto de equilibrio entre el ejercicio de las facultades propias de la dirección del plenario y la tarea didáctica que asume frente a ciudadanos legos en derecho.

En el presente caso, la reivindicada revisión de algunas de esas decisiones ha sido rechazada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. Y lo ha hecho con una sentencia modélica en lo que tiene de esfuerzo argumental encaminado a intentar preservar, descartando cualquier género de indefensión, el desenlace que tuvo el proceso, pese a las irregularidades que el propio órgano de apelación reconoce como ciertas.

Ya en sede casacional, tanto el escrito de formalización del recurso presentado por el Letrado de la acusación particular como el escrito de impugnación hecho valer por la defensa del acusado ofrecen a esta Sala un cuadro argumental de alto valor jurídico, en el que las respectivas pretensiones son brillantemente expuestas y defendidas.

El detenido análisis de estas alegaciones y de las sentencias dictadas en la instancia y en la apelación han llevado a la Sala a una prolongada e intensa deliberación cuyo desenlace -ya anticipamos- conduce a la estimación del recurso.

3.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1. y 2 CE).

Se reprocha a la sentencia recurrida que haya estimado que la supresión del trámite de audiencia a las partes, previo a la justificación de la devolución del acta (arts. 63.3 y 53 LOTJ), no produjo indefensión al recurrente ni vulneró su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, pese a la imposibilidad real de tener conocimiento cabal del veredicto que fue objeto de devolución.

Esa interpretación de los arts. 63.3 y 53 LOTJ -razona el Letrado de la acusación particular- *«...diluye los perfiles de la garantía de audiencia previa hasta dejarla vacía de contenido. Para el TSJ Comunidad Valenciana la práctica de esa audiencia no requiere ni la observancia de los requisitos contenidos en el art. 53 LOTJ (conocimiento del acta, posibilidad de formular alegaciones y celebración de la audiencia sin la presencia del Jurado), ni su celebración con anterioridad al trámite de la “justificación de la devolución del acta” (art. 64 LOTJ); de tal modo que celebrarla en el orden exigido por la ley sería sólo una mera “opción legal”, siendo indiferente que se practique en la forma exigida por el art. 63.3 LOTJ o que “todo” (audiencia, decisión de devolver y justificación de la devolución) se produzca en un “único trámite”».*

Tal entendimiento de los preceptos citados -se alega- *«...no es razonable, no respeta el principio de legalidad procesal y genera un perjuicio real y efectivo -indefensión- a las partes que cuestionaron la decisión de devolver el acta».*

La acusación se habría visto privada así de su derecho a formular alegaciones a las razones esgrimidas por la Magistrada-Presidenta para la devolución del veredicto, tal y como establece el art. 63.3 de la LOTJ, por remisión a lo prevenido en el art. 53 del mismo texto legal. Subraya la acusación que la Magistrada-Presidenta, al asumir ese criterio, suprimió la audiencia previa a la devolución del veredicto (art. 64 LOTJ), fusionando en un único acto procesal lo que tenía que haber sido claramente diversificado. Impidió así a las partes alegar lo que consideraran oportuno respecto de la decisión de la Magistrada-Presidenta de devolver el veredicto.

Para justificar el quebranto de esa norma y la fuente de la indefensión generada, el Letrado de la acusación se refiere incluso a las palabras que la Magistrada-Presidenta pronunció al inicio del acto: *«...buenas noches a todos, los he convocado al amparo del artículo 64 LOTJ -sic-»*.

La simple lectura de los arts. 63.3, 53 y 64 de la LOTJ -insiste el recurrente- justificarían la insostenibilidad de la tesis del *«único trámite»*. La audiencia a las partes precede al acto encaminado a la justificación de la devolución del veredicto. Mientras la primera es un debate técnico que se desarrolla entre las partes, el segundo tiene lugar en presencia del Jurado y se centra en hacer entender a sus integrantes las razones de la devolución.

Sigue razonando la acusación que *«...si, como parece desprenderse de las palabras que pronunció, la consideraba que iba a devolver el acta porque los Jurados habían: “..omitido cualquier pronunciamiento que son pruebas de descargo y tienen que explicar..”, resulta incuestionable el derecho de las partes (visto el redactado del acta) a argumentar, ante la MP que, conforme a los arts. 61.1 y 63.1 LOTJ, no es exigible a los Jurados un pronunciamiento expreso, y una explicación, sobre las pruebas de descargo; y consecuentemente, que la omisión de esos pronunciamientos no constituye motivo (legal) para devolver el acta a tenor del art. 63.1 LOTJ»*.

Si la causa que justificaba la devolución del veredicto estaba ligada al hecho de que la Magistrada-Presidenta había observado relevantes omisiones sobre «...*los contraindicios aportados por la defensa*» o la necesidad de valoración de «...*algún tipo de documento*», de las manifestaciones como testigos «...*de los trabajadores de Novocar*» e incluso de alguna prueba pericial, resultaba indispensable que se otorgara a las acusaciones la posibilidad de alegar -en ausencia del Jurado- lo que consideraran oportuno sobre la suficiente motivación del veredicto y la procedencia de lo que se ha llamado el «*canon minimalista de motivación*».

Censura también el recurrente los efectos derivados de la destrucción del acta inicial y, de modo singular, la respuesta de la Magistrada-Presidenta cuando llegó a advertir que, respecto del contenido del acta «...*no puedo decir más... esta acta es mía (sic)*».

La indefensión padecida no puede ser eliminada con el argumento de que no medió una efectiva protesta. Esa protesta -se dice- existió en el momento en el que pudo exteriorizarse y de su existencia dejan cumplida huella el FJ 2.2 de la propia sentencia del Tribunal del Jurado -donde consta «...*dada la protesta de las acusaciones efectuada en el trámite previsto en el artículo 64*»- y el acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia, en el que puede leerse: «...*por el MF y el abogado acusador formulan protesta sobre la decisión de la Magistrada...*». Y la «*decisión*» de la Magistrada fue devolver el acta.

3.1.- Desde la perspectiva de la alegada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de lo que se trata es de discernir si la interpretación de la Magistrada-Presidenta acerca del régimen jurídico de las audiencias previstas en los arts. 53 y 64 de la LOTJ, constituyó una fuente de indefensión constitucionalmente proscrita, al erosionar el principio de contradicción. Asimismo, hemos de analizar si la decisión de destruir el acta en el que se contenía el veredicto que fue devuelto al amparo del art. 63 de la LOTJ menoscabó el contenido material del derecho de defensa del recurrente, al impedirle tomar conocimiento de las razones invocadas para justificar la

devolución del acta. Del mismo modo, a la vista de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, habremos de resolver si la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia al respaldar las decisiones de la Magistrada-Presidenta son asumibles conforme al canon de razonabilidad que impone el derecho a una resolución motivada que garantiza el art. 24.1 de la CE.

Y ya anticipamos que ni el criterio de la Magistrada-Presidenta de unificar en un solo acto procesal las audiencias de los arts. 53 y 64 de la LOTJ, ni el razonamiento ofrecido por el Tribunal Superior para validar la normalidad de ese criterio, pueden ser asumidos por esta Sala.

3.2.- Aunar la funcionalidad de las dos audiencias previstas por el legislador en los arts. 53 y 64 de la LOTJ, hasta el punto de avalar la corrección de una fórmula en la que se prescinde de una de ellas -criterio del recurrente- o se unifican ambas en un mismo acto que se desarrolla en presencia de los miembros del Jurado -criterio del Tribunal Superior de Justicia y de la defensa del acusado- implica abrir una grieta generadora de indeseables efectos que se proyectan sobre el derecho de defensa.

Nuestro rechazo a la forma en la que se desarrolló la devolución del acta por el Magistrado-Presidente no rinde culto a la formalidad. La Sala no propugna un entendimiento adjetivo de la secuencia prevista en la LOTJ para la devolución. Tampoco defendemos una solución marcada por el excesivo formalismo, ni hacemos de una irregularidad formal, sin incidencia en el derecho de defensa, una causa de nulidad de tan drásticos efectos.

El derecho de defensa del recurrente quedó irremediabilmente dañado.

En efecto, el tratamiento de la crisis decisoria del Jurado, en lo que afecta al presente caso, se regula en los arts. 63, 53 y 64 de la LOTJ. El art. 63, tras enumerar las causas que justifican la devolución del acta -entre las que se incluye haber incurrido «...*en algún defecto relevante en el procedimiento de*

deliberación»- añade en su apartado 3º que «...antes de devolver el acta se procederá en la forma establecida en el artículo 53 de la presente ley». Este último precepto, bajo el epígrafe «audiencia a las partes» señala que «...el Magistrado-Presidente oirá a las partes, que podrán solicitar las inclusiones o exclusiones que estimen pertinentes, decidiendo aquél de plano lo que corresponda». Y añade: «2. Las partes cuyas peticiones fueran rechazadas podrán formular protesta a los efectos del recurso que haya lugar contra la sentencia». El art. 64, con la rúbrica «devolución del acta», dispone: «...al tiempo de devolver el acta, constituido el Tribunal, asistido del Secretario y en presencia de las partes, el Magistrado-Presidente explicará detenidamente las causas que justifican la devolución y precisará la forma en que se deben subsanar los defectos de procedimiento o los puntos sobre los que deberán emitir nuevos pronunciamientos».

Como se desprende de la literalidad de estos preceptos, el legislador ha querido que la tutela técnica del veredicto por parte del Magistrado-Presidente, una vez advertido el defecto que justifica la devolución, se traduzca en una audiencia del Fiscal y de las partes para que pongan de manifiesto su acuerdo o desacuerdo con el criterio que lleva al rechazo del acta. Y esta audiencia tiene un significado eminentemente técnico. Se trata de un debate jurídico que tiene que desarrollarse sin la presencia de los miembros del Jurado. La razón es evidente. La ley busca impedir que el motivado rechazo del Magistrado-Presidente a cualquier argumento adhesivo o de impugnación de las partes sea interpretado por los miembros del Jurado como expresión del camino que sugiere el Juez técnico como posible desenlace del juicio.

Resuelto este acto con la decisión del Magistrado-Presidente acerca de las alegaciones de las partes, se da paso a otra audiencia -la prevista en el art. 64 de la LOTJ- que tiene una funcionalidad y hasta un marco escénico distinto. Es ahora -«...al tiempo de devolver el acta»- cuando el Magistrado-Presidente tiene que justificar ante el colegio de ciudadanos las razones que han provocado la crisis decisoria y el modo de superarla. Estas indicaciones ya se formulan en exclusiva por quien está jurisdiccionalmente llamado a hacer del veredicto del

Jurado y del acta en el que se contiene, el presupuesto material de la ulterior redacción de la sentencia. Y así lo expresa el art. 64: «...constituido el Tribunal, asistido del Secretario y en presencia de las partes, el Magistrado-Presidente explicará detenidamente las causas que justifican la devolución y precisará la forma en que se deben subsanar los defectos de procedimiento».

Esta secuencia ordenadora del tratamiento jurídico de la crisis decisoria es la realmente prevista por el legislador y a ella se ajusta la praxis ordinaria del Jurado, según enseñan numerosos precedentes resueltos por esta Sala. De hecho, así lo admite la propia sentencia recurrida en distintos pasajes que reflejarían el reconocimiento de la irregularidad de lo que aconteció pero que, a juicio del Tribunal Superior de Justicia, no fue suficiente para generar indefensión: «...ha de reiterarse que el trámite de audiencia previsto para la devolución del veredicto al Jurado existió, bien o mal unificado, bien o mal desarrollado, pero lo cierto es que acaeció» (pág. 27). Esta idea se repite al razonar en otros párrafos de la fundamentación jurídica: «...la denunciada y no contrastada inexistencia de audiencia a las partes ha de ser sustituida por la verificada y, si se quiere, anómala unificación, inversión o inserción de trámites» (pág. 18).

Sin embargo, esta Sala ve en el modo en el que se desarrolló la devolución del acta algo más que una anómala alteración, unificación o inversión de trámites. En la controversia acerca de si fue correcta o no la decisión de la Magistrada-Presidente no está sólo en juego un criterio de economía procesal. Desde el prisma que ofrece este principio del procedimiento, una decisión tendente a concentrar en un mismo acto lo que, por simple inercia o costumbre, se diversifica en dos audiencias podría llegar a ser plausible.

En el presente caso, por el contrario, existen dos factores añadidos que no pueden ser obviados a la hora de valorar el alcance que esa decisión pudo tener en el contenido material del derecho de defensa. De un lado, la destrucción intencionada del acta que reflejaba el primer veredicto; de otra parte, la difundida opinión -sin que conste su realidad- de que el Jurado cambió un veredicto inicial

de culpabilidad por una segunda decisión de inocencia y que ese cambio obedeció a la interpretación que los miembros del Jurado hicieron de las indicaciones que formuló la Magistrada-Presidenta durante el desarrollo de la audiencia para justificar la devolución del acta.

En definitiva, no podemos contentarnos con una aproximación valorativa que fragmente el tratamiento jurídico de las tres irregularidades denunciadas. Podrá razonarse -de hecho lo razona así el Tribunal Superior de Justicia- que fusionar dos audiencias en una es tan solo una irregularidad formal. Podrá también argumentarse -el escrito de impugnación de la defensa del acusado es buen ejemplo de ello- que la destrucción del primer acta del Jurado no proyectó efecto alguno sobre las posibilidades de defensa del recurrente. Y podrá incluso sostenerse que las advertencias que hizo la Magistrada-Presidenta para explicar las razones de la devolución del acta no quebrantaron su estatuto de imparcialidad. Pero lo que no podrá aceptar esta Sala como expresión de normalidad procesal, sin incidencia en el derecho de defensa del recurrente, es la unificación de las audiencias previstas en los arts. 64 y 53 de la LOTJ, seguida de las limitaciones alegatorias derivadas de la imposibilidad de contradecir las razones que justificaron la devolución de un veredicto que no fue exhibido, la destrucción intencionada de ese acta y un desenlace sobre el que pesa la extendida -aunque no acreditada- sospecha de que las explicaciones justificativas de la devolución determinaron el cambio de criterio del Jurado sobre la culpabilidad o inocencia del acusado

3.3.- El art. 846 bis c), a) de la LECrim impone como presupuesto de viabilidad del recurso de apelación contra la sentencia recaída en el tribunal del Jurado que se haya acreditado «...*la oportuna reclamación de la subsanación*».

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia reprocha al recurrente los términos en que se produjo esa reclamación, que estima insuficiente para entender colmada la exigencia legal: «...*las acusaciones discreparon y formularon protesta sobre alguna de las justificaciones ofrecidas por la Magistrada Presidente para su devolución; concretamente, sobre la*

omisión de pronunciamiento en lo relativo a una serie de "contraindicios" o hechos de la defensa (art. 64 LOTJ). [...] El Jurado, a través de su nueva portavoz y uno de sus miembros, solicitó asimismo aclaración sobre el defecto cuestionado por el Ministerio fiscal y la defensa de la acusación particular».

Pese a su constancia, la insuficiencia de esa protesta se razona en los siguientes términos: *«...Negativamente, sin embargo y más allá de la reclamación arriba indicada, no hubo queja ni protesta alguna sobre el modo en que se desarrolló el acto o respecto a la presencia de los jurados desde el inicio. Ni de las acusaciones ni de la defensa. [...] Tampoco las partes, ninguna de ellas de nuevo, interesó la entrega de una copia del acta del veredicto emitido por el Jurado, y que se iba a devolver. Las discrepancias con las explicaciones de la Magistrada Presidente se formularon, pues, por los hoy recurrentes sin solicitar la facilitación de la copia aludida y sin disentir de la devolución en sí misma considerada. Es más, ni siquiera procuraron, a los efectos de articular su disidencia, el conocimiento del resultado de las votaciones».*

La Sala entiende, sin embargo, que la reclamación que se articuló por las acusaciones, a la vista de las especiales circunstancias que ya han quedado anotadas, era más que suficiente para superar cualquier obstáculo para la acogida del recurso. Varias razones respaldan esta idea.

a) De entrada, el propio art. 846 bis c) a) de la LECrim libera de esta exigencia *«...si la infracción denunciada implica la vulneración de un derecho fundamental constitucionalmente garantizado».* Basta la lectura de las alegaciones efectuadas en su momento ante la Magistrada-Presidenta y los términos en que ha sido formalizado el presente recurso de casación para concluir que lo que se reivindicaba con esa queja -que la sentencia de instancia considera insuficiente- era precisamente la vigencia del derecho fundamental de defensa que se estaba viendo cuestionado.

b) Tiene razón la acusación cuando alega que difícilmente puede protestarse frente a lo acontecido en un acto que ha sido suprimido. Así lo

entendió incluso esta Sala en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2015, («...*El Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, si alberga alguna duda sobre la concurrencia de motivos para devolver el acta del veredicto, debe proceder a la apertura del trámite de audiencia, tomando seguidamente la decisión adecuada sobre la procedencia o no de la devolución. Si no se abre dicho trámite, no es exigible a las partes la reclamación de subsanación o protesta como requisitos previstos para la interposición del recurso...*»). En palabras del recurrente, el trámite no fue abierto «...*en la forma establecida en el artículo 53 de la presente ley*» (art. 63.3. LOTJ). El que «...*se nos dejara “hablar” en un acto posterior (el regulado en el art. 64 LOTJ), no significa, en modo alguno, que se abriera, y que se celebrara el acto anterior (el del 63.3, en relación con el 53 LOTJ)*».

Lo cierto es que el fragmento de la conversación incorporada al FJ 6.3.2 -págs. 45 a 49- de la sentencia recurrida no refleja, desde luego, una resignada actitud omisiva por el recurrente -tampoco por el Fiscal- frente a lo que consideraba la fuente de indefensión. Su transcripción literal resulta especialmente aconsejable:

«...Bueno, buenas noches a todos. Les he convocado al amparo del artículo 64 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. Porque el acta que me ha sido entregada adolece de la sucinta explicación de las razones por las que han declarado probados o rechazados declarar determinados hechos como probados de determinados aspectos del objeto del veredicto.

En esta comparecencia tal como establece el artículo 64 se constituye el tribunal, asistido del Letrado de la Administración de Justicia y en presencia de las partes.

Y por mi parte les tengo que explicar las causas que justifican la devolución precisando la forma en que se deben subsanar los defectos o los puntos sobre los que se deberá emitir nuevos pronunciamientos. De dicha incidencia extenderá el Letrado de la Administración de Justicia la oportuna acta.

Bueno, pues del acta que me han entregado respecto a varios de los indicios que han indicado ustedes, el defecto que adolecen es que no identifican las pruebas directas por las que han llegado a esa conclusión. Ya les expliqué que había una serie de pruebas testificales, documentales o periciales y no basta con decir creemos que ha pasado esto, sino que tienen que decir creemos, que ha pasado esto porque en atención del testimonio de esta persona, o en atención al testimonio de esta otra o por qué hemos dado más credibilidad, si por ejemplo son contradictorios, por qué hemos dado más credibilidad a esta persona que a la otra. Después, cuando hacen referencia a algún tipo de documento tienen que decir el documento concreto. Cuando hacen referencia a los trabajadores de no pueden hablar en colectivo sino del hecho concreto que están hablando, pues qué persona concreta de las testificales que se practicaron llegan ustedes a esa conclusión. Eh, cuando se trata de periciales, si optan por una de ellas, tienen que dar una breve explicación de por qué han optado por esa pericial y no por otras.

Y después han omitido cualquier pronunciamiento sobre una serie de pruebas que se han practicado, digamos, llamémosles contraindicios que aportados por la defensa o pruebas periciales científicas sobre determinados aspectos en que han omitido cualquier pronunciamiento al respecto.

Y ése es el motivo por el que les tengo que devolver el acta para que suplan esa fundamentación. Irán ya a descansar y reanudan mañana y cuando la tengan preparada pues me vuelven a convocar".

Nótese que la audiencia convocada por la Magistrada-Presidenta no tenía por objeto, frente a lo que sugiere el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 27 de mayo de 2015, oír a las partes antes de tomar la decisión de abrir una crisis decisoria y proceder a la devolución del veredicto. La decisión estaba ya anticipadamente tomada. El cruce de alegaciones se iba a desarrollar en presencia de un Jurado desorientado por el rechazo de su deliberación inicial. Y, por si fuera poco, el debate contradictorio que justifica esa audiencia iba a

tener como protagonistas a quienes no habían sido instruidos del contenido del acta, privándoles así de cualquier punto de contraste frente a la decisión - insistimos, anticipadamente tomada- de la Magistrada-Presidenta.

«AP: Con su venia Señoría.

MP: Dígame

AP: Señoría, no he entendido, la primera parte la he entendido perfectamente, ésta claro, pero no he entendido la última parte donde usted les dice que han omitido pronunciamientos sobre ...

MP: Contraindicios o pruebas que se han practicado sobre, eh... que han omitido cualquier pronunciamiento.

AP: Bueno.

MP: No, mire, yo tengo una sentencia del Tribunal Supremo de prueba indiciaria condenatoria...

AP: Si, pero...

MP: ...y los jurados tienen que explicar si existen, es que no puedo decir más. Este acta es mía. Ellos tienen que explicar dé determinadas pruebas que aquí se han practicado, digámosle de policía científica o periciales, que han omitido cualquier pronunciamiento que son pruebas de descargo y tienen que explicar.

AP: Pero es que los jurados no se tienen que pronunciar sobre las pruebas, señoría, los jurados si un hecho consideran que no está probado.

MP: No voy a entrar en discusión con usted.

MF: Mi protesta que conste.

AP: Claro, que conste la protesta.

MF: Porque, aparte yo, perdone, no veo yo que haya ninguna causa que conste en el artículo 63 de la devolución al jurado que hace la señora magistrada.

AP: Ninguna. De ninguna manera.

MP: Bueno pues como soy yo la que determina...

AP: Bueno señorita que conste la protesta porque esto en realidad es una continuación de las instrucciones que se le dieron al jurado, eh, señorita donde se introdujeron...

MP: Estoy explicando el contenido del artículo 64 y explicándoles a los jurados por qué les devuelvo el acta.

MF: Sí, pero perdone ¿me puede decir qué parte del artículo 63 que se considera infringido?

AP: Claro.

MP: El artículo 63 se relaciona con el artículo 61 y toda la jurisprudencia determina que tiene que haber una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.

AP: Como probados señorita. Como probados sí pero no como no probados.

MP: Ya hemos terminado por favor.

MF: Perdone, el jurado no se tiene que pronunciar sobre una cosa que no considera probada.

AP: Que no considera probada. Sobre una cosa que no considera probada no tiene que decir absolutamente nada.

MP: Háganme a mí caso porque soy yo la que tengo que redactar después una sentencia en que no se incurra en ningún vicio de nulidad.

MF: Pues que conste mi protesta.

AP: Que consté mi protesta.

MP: Ya ha constado.

AP: Esto es increíble, esto es increíble.

Miembro del Jurado: ¿Para qué tenemos que citar las pruebas de descarga condenatoria?

Otro miembro del Jurado: No hemos entendido qué es eso.

MP: Por ejemplo, se realizó una prueba de parafina y ustedes tendrán que justifican

AP: Señoría.

MP: Guarde usted silencio por favor. Entiendo que tienen que justificar por qué no le dan valor alguno.

AP: Señoría.

MP: Por favor que guarde usted silencio. Me amparo en sentencia del Supremo en que se tienen que valorar los indicios y los contraindicios.

Letrado de la Administración de Justicia: Perdón, una cuestión de orden Señoría, entiendo que se está dirigiendo...

MP: Sí a los jurados por favor, pero es que no paran de molestarme.

AP: Señoría el ejercicio del Derecho...

Letrado de la Administración de Justicia: Perdón señor letrado, estoy en uso de la palabra. Yo le agradecería que, es una cuestión además de orden. Estoy viendo que se dirige a la Señora Magistrada un miembro del Jurado diferente al que hasta ahora ha actuado como portavoz y yo desearía que nos explicara o ilustrara a todos si efectivamente se ha producido un cambio de jurado para que conste en acta y así poder decir que quien se dirige a Su Señoría es el portavoz. ¿Es así?

Miembro del Jurado: Sí, ha habido un cambio.

Letrado de la Administración de Justicia: Bien, en ese caso, era necesario había que decirlo, porque si usted se está refiriendo como portavoz debemos hacer constar que hay un portavoz nuevo.

MP: Bueno la primera pregunta que me ha hecho, ¿se la he resuelto? ¿vale?

Miembro del Jurado (Portavoz): Sí, sí, además estamos, sabemos...

MP: Cómo hacerlo

Miembro del Jurado (Portavoz): Sabemos dónde han fallado las cosas.

Letrado de la Administración de Justicia: Perdón, la nueva portavoz me dice su, por no buscarlo.

Miembro del Jurado (Portavoz): Sí...

MP: Bien, y se da finalización al acto».

Obligado resulta insistir en la idea de que ese diálogo refleja todo menos una actitud de la acusación particular o el Fiscal estratégicamente silenciosa o aquiescente con defectos que luego se convierten en argumentos para obtener la nulidad de lo resuelto.

No vemos tampoco lo que la defensa del acusado denomina en su escrito de impugnación «...*un intento de ventajismo procesal*». De hecho, ningún matiz podemos hacer a la laboriosa cita de la jurisprudencia que enriquece el escrito de impugnación y que evoca distintos pronunciamientos de esta Sala en los que reflejamos la necesidad de que las alegaciones que puedan conducir a la nulidad del juicio hayan sido objeto de protesta en el momento en el que se produce el hecho que la motiva. Sin embargo, ninguno de esos precedentes presenta las singularidades que definen este caso. En ninguno de ellos se abordan los problemas derivados de la destrucción del acta frente a una alegación que pretende conocer las razones por las que se produce la devolución del primer veredicto.

La Sala no puede identificarse con el criterio del Tribunal Superior de Justicia cuando censura al recurrente su falta de interés en conocer el resultado de la votación y hacerse con una copia del acta. La defensa del acusado, en su escrito de impugnación, llega a reprochar a la acusación particular su indiferencia a la hora de conocer el contenido del acta: «...*estaba encima de la mesa de la Ilma. Magistrada-Presidenta, a la vista de todos, quien incluso la sostuvo entre sus manos de forma gráfica cuando les decía a los jurados que no estaba suficientemente motivado, y por tanto parece de todo punto imposible*

que el hoy recurrente no fuera consciente de que todo era tan sencillo como pedirla».

De entrada, no es fácil predecir cuál habría sido la respuesta por la Magistrada-Presidenta a esa petición, sobre todo, después de haber afirmado con rotundidad «...*no puedo decir más... este acta es mía*». Lo que sí es cierto es que esa petición se articuló por escrito, tanto por el Fiscal como por la acusación particular inmediatamente después de la emisión por el Jurado del veredicto definitivo, mediante sendos escritos fechados los días 11, 13 y 15 de noviembre de 2018. Y la respuesta desestimatoria de esa solicitud no estuvo ligada a la doctrina que prohíbe los silencios estratégicos, sino que se formalizó mediante sendas diligencias del Letrado de la Administración de Justicia que anunciaban que el acta no se hallaba unida a las actuaciones y, con posterioridad, que había sido destruida.

En definitiva, el cumplimiento del mandato legal que exige la convocatoria de una audiencia para oír a las partes -en ausencia del Jurado- acerca de la procedencia de la devolución del acta y, de modo especial, la necesidad de que ese acta se incorpore a las actuaciones y no sea destruida, no pueden hacerse depender de que sean los propios afectados quienes así lo sugieran o reivindiquen. En el presente caso, incluso, el desacuerdo con el tratamiento jurídico de la crisis decisoria generó una protesta acorde con la carencia de datos de que disponían las partes y dio lugar a sendos escritos en reclamación de la entrega del acta inicial cuando el veredicto definitivo ya había sido aceptado por la Magistrada-Presidente.

Y esa infracción de los arts. 63.3. y 53 LOTJ, en ningún caso podría ser paliada por peticiones tales como preguntar por el resultado de la votación, o incluso, por pedir copia del acta. Porque nada de eso podía ya subsanar la esencia misma de la vulneración del derecho a alegar «...*en la forma establecida por la ley*» (art. 63.3. LOTJ).

La defensa del acusado, en su escrito de impugnación del recurso, enfatiza la idea de que al folio 3141, tomo VIII del rollo de Sala, consta la firma «conforme» en el «*acta de devolución del art. 63 LOTJ*». Una firma -se aduce- que valida un acto que el recurrente sostiene que no se celebró.

Sin embargo, tampoco este argumento erige un obstáculo insalvable para el éxito del motivo. Lo que se cuestiona ahora no es si la devolución del acta se produjo o no, lo cual es incuestionable. Tampoco se debate si etiquetar así el acto procesal que se había desarrollado puede o no considerarse acertado. Lo que es objeto de controversia es si el tratamiento jurídico de esa crisis decisoria, más allá del epígrafe que dé título al acta firmado por el recurrente, fue o no respetuoso con las posibilidades de conocimiento y alegación exigidas por el derecho de defensa.

Abierto el trámite del art. 64 LOTJ y comunicada al Jurado la decisión de devolver el acta, la violación -la privación real y efectiva- del derecho a conocer el acta objeto de devolución y, con base en la misma, a formular las oportunas alegaciones, se había ya cercenado de forma radical e irremediable.

4.- La indefensión padecida se habría intensificado -así se razona en el segundo de los motivos que invoca vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en su vertiente de derecho al recurso- por el hecho de que la copia del veredicto que fue objeto de devolución mediante el rechazo del acta en el que se contenía no fue entregada las partes. Se infringió así lo dispuesto en los arts. 53.1 y 3 y 63.1 de LOTJ. De hecho, el acta no fue unida a las actuaciones y después fue destruida.

Sigue razonando el motivo que las tres circunstancias, cada una por separado y todas juntas, sumen al recurrente en el proscrito estado de indefensión (art. 24.1 CE). Le impidieron, al no contar con el acta, articular un recurso efectivo frente a la indebida devolución del veredicto (art. 63.1 LOTJ) y dejan tal decisión al margen del ineludible control jurisdiccional. Para la sentencia recurrida -lamenta el recurrente- la privación real del derecho al

recurso no genera indefensión con relevancia constitucional, en contra del principio rector básico del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y no es preciso que la copia del acta objeto de devolución le sea entregada a las partes, ni que quede unida a las actuaciones. Su exclusión del rollo del juicio y posterior destrucción no infringen precepto legal alguno y, consecuentemente, no menoscaban los derechos fundamentales invocados por esta representación.

Sin embargo, si del acta de la votación no se da traslado a las partes ni se une a las actuaciones -y se destruye-, el control jurisdiccional de la decisión que documenta el acta deviene imposible. La decisión misma de la Magistrada-Presidenta de devolver el veredicto -decisión sometida a causas tasadas, ex art. 63.1 LOTJ- se convierte en un acto puramente discrecional y exento del ineludible control judicial. Planteada la queja constitucional en estos exactos términos, no ha merecido, del Tribunal, respuesta alguna con el consiguiente menoscabo de la tutela judicial efectiva, que se une al específicamente derivado de la imposibilidad de articular el recurso efectivo.

4.1.- La línea argumental hecha valer por la acusación particular insiste en la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de derecho al recurso, en la medida en que la falta de entrega de una copia del acta que fue devuelta habría impedido la articulación de un recurso *in extenso* frente a la decisión de la Magistrada-Presidenta.

No faltan precedentes en la jurisprudencia constitucional en los que se considera -no sin matices- el derecho de acceso a los recursos como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (cfr. SSTC 37/1995, 7 de febrero; 90/2002, 22 de abril; 136/2017, 27 de noviembre y 126/2017, 13 de noviembre; 115/2017, 19 de octubre). Sin embargo, en el presente caso, no es éste el derecho que se vio vulnerado, en la medida en que la decisión de la Magistrada-Presidenta de devolver el acta sin que las partes pudieron tener conocimiento de su contenido no supuso una interpretación que obstaculizara las facultades legales de impugnación. Las razones de la discrepancia han de reivindicarse en el ulterior recurso de apelación contra la sentencia definitiva,

que fue efectivamente promovido sin limitación alegatoria alguna por parte del recurrente.

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia admite la irregularidad que implica la destrucción del acta: «... *aunque pueda admitirse que el término "borrador" sea inadecuado e incluso deba reconocerse la conveniencia de que obre en las actuaciones el acta devuelta*» (pág. 31). También advierte de esta conveniencia en el párrafo que justifica la desestimación del recurso: «...*por todo lo expuesto y por más que seguramente fuera deseable la incorporación del "primer veredicto" a las actuaciones, procede desestimar el último motivo planteado por el Ministerio fiscal y asimismo el segundo de la acusación particular*» (pág. 38).

La Sala no puede identificarse con un criterio que tiende a relativizar la importancia de la omisión en que incurrió la Magistrada-Presidenta. La incorporación del acta a la causa no puede ser vista, simplemente, como una decisión «*deseable*» al alcance de quien preside el juicio oral, una decisión que permitiría destruir los documentos en los que se refleja el desenlace de la crisis decisoria siempre que una de las partes no reaccione inmediatamente y formule la correspondiente protesta. Y menos aún entender que si se opta por su destrucción esa grieta estructural del contenido material del derecho de defensa puede cerrarse reprochando a las partes que no se interesaron por el desenlace numérico de la deliberación o que esperaron al segundo veredicto para pedir una copia del acta ya destruido.

Para neutralizar la queja del recurrente, la defensa del acusado subraya en el escrito de impugnación que el andamiaje argumental que inspira el motivo oculta que la sentencia absolutoria se emitió por un Jurado diferente a aquel respecto del que se hacen todas las alegaciones del recurso. El acta se devolvió el viernes 8 de noviembre y todo el recurso gira en torno a ese momento. Sin embargo -se alega- el domingo 10 de noviembre por la mañana, ante un problema médico de uno de los miembros del Jurado, debió entrar a formar parte del tribunal el Jurado suplente núm. 1. Por ello, tal y como establece la LOTJ, la

deliberación se inició *ex novo*, pues se acababa de conformar un Tribunal del Jurado nuevo, al haber cambiado uno de sus miembros. Todas las alegaciones del recurrente están hechas a la primera acta que, de ninguna manera, puede regir para el acta definitiva, por la sencilla razón de que fue un Tribunal de Jurado distinto. El recurso, por tanto, está vacío de contenido, pues se refiere a un acta que no es el que dio lugar a la absolución.

Esta alegación tampoco resulta asumible por la Sala. Es cierto que la incorporación de un nuevo miembro al Jurado, activando así el mecanismo de la sustitución, determina un punto de partida en la deliberación que va a definir el desenlace del proceso. Sin embargo, esa incorporación no difumina, hasta hacerlas desaparecer, todas las incidencias que hasta ese momento han podido sucederse. De hecho, la incorporación de ese Jurado suplente tuvo su origen en el rechazo del acta inicial. Y esa «*recomposición*» del Jurado no autoriza la destrucción de lo que en una primera decisión constituía la respuesta de los miembros del Jurado al objeto del veredicto que había sido sometido a su consideración. En definitiva, la irregular destrucción del primer acta no puede privar a las partes de la posibilidad de reaccionar mediante la formalización de un recurso encaminado a disentir de las razones con las que se pretende justificar la no existencia de ese primer veredicto. No tiene sentido atribuir a la incorporación del jurado suplente un efecto sanador de las irregularidades cometidas con anterioridad a ese momento. Tampoco es lógico privar del derecho a fiscalizar la corrección de esa forma de proceder a cualquiera de las partes que se sienta perjudicada por la destrucción del acta.

El Ministerio Fiscal, la acusación particular y, por supuesto, la defensa del acusado, tenían indudablemente derecho a conocer si la valoración probatoria inicialmente suscrita por los miembros del Jurado era o no suficiente para justificar la autoría del delito por el que se formulaba acusación, si ese hubiera sido el desenlace de la deliberación. Y ese conocimiento sólo podía obtenerse a partir de la lectura del acta original, no a raíz de las explicaciones de la Magistrada-Presidenta que estaban dirigidas, por cierto, a los miembros del Jurado. Si bien se mira, esa decisión subvirtió la genuina funcionalidad del

acto procesal previsto en el art. 63 de la LOTJ. En efecto, lo que debía haber sido una audiencia en la que las partes expresaran su criterio sobre las razones que sugerían a la Magistrada-Presidenta la devolución del acta se convirtió en una audiencia sin otro objeto que comunicar a las partes la irrevocabilidad de una decisión ya adoptada con fundamento en un acta que nunca fue exhibida. La determinación devolutiva del acta se vio así blindada frente a alegaciones que ofrecieran un punto de contraste acerca de la concurrencia del motivo esgrimido y que llevaba indefectiblemente a la Magistrada-Presidenta a rechazar el primer veredicto.

Por consiguiente, la destrucción del acta inicial es una anomalía que no limita su pernicioso efecto a generar una irregularidad subsanable. Las partes tienen que conocer, a la vista de su contenido, los motivos que llevan al Magistrado-Presidente a la devolución del acta y, qué duda cabe, ha de concedérseles la oportunidad de formular alegaciones a partir de la lectura de las razones que avalan la decisión del Jurado respecto de la que se exige su rectificación. De lo contrario, se resiente el derecho a la defensa y se menoscaba el derecho a un proceso con todas las garantías.

4.2.- Al margen de lo anterior, un razonamiento como el que anima la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia acerca de la inocuidad de la destrucción del acta se aleja del canon de razonabilidad que exige el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sala ya ha anticipado su reconocimiento al laborioso esfuerzo argumental que refleja la resolución recurrida. Sin embargo, convertir las líneas maestras de ese razonamiento en un precedente jurisprudencial podría abrir la puerta a escenarios futuros de especial complejidad. En efecto, las consecuencias derivadas de la devolución del acta que luego se destruye serían impensables, por ejemplo, en aquellos casos en los que la crisis decisoria no fuera superada y se impusiera, por mandato del art. 65 de la LOTJ, la disolución del Jurado. Dispone este precepto lo siguiente: « 1. *Si después de una tercera devolución permaneciesen sin subsanar los defectos denunciados o no se hubiesen obtenido las necesarias mayorías, el Jurado será disuelto y se convocará juicio oral con un nuevo Jurado.* 2. *Si celebrado el nuevo*

juicio no se obtuviera un veredicto por parte del segundo Jurado, por cualquiera de las causas previstas en el apartado anterior, el magistrado presidente procederá a disolver el jurado y dictará sentencia absolutoria».

La tercera devolución del acta determina la disolución del Jurado y la celebración de un nuevo juicio. Y si persiste de forma contumaz el obstáculo para el segundo Jurado de ofrecer un veredicto homologable por el Magistrado-Presidente, éste ha de dictar inexorablemente una sentencia absolutoria. En este escenario resulta inimaginable que tal desenlace se produzca sin que exista posibilidad de conocer cuáles han sido las razones que han llevado a una respuesta jurisdiccional de esa naturaleza. Es, pues, insostenible una interpretación que considere que el documento que refleja las razones de la primera -o las sucesivas- crisis decisorias pueda ser destruido y ocultado a las partes.

Todo lo que acontece en el plenario -a salvo las excepciones previstas legalmente- está sometido al principio de publicidad. Ninguno de los documentos que reflejan la crisis decisoria puede convertirse en un documento clandestino, sólo al alcance del Magistrado-Presidente y de vedado acceso para las partes.

5.- El tercero de los motivos, con la misma cobertura de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho al Juez imparcial (art. 24.1 y 2 de la CE).

Razona el recurrente que las explicaciones dadas por la Magistrada-Presidenta en el momento de justificar la devolución del acta (art. 64 LOTJ) fueron parciales en favor del acusado, infringiendo el derecho fundamental al Juez imparcial (art. 24.1 CE). El núcleo esencial de tales explicaciones y requerimientos de subsanación giró en torno a la necesidad de que los miembros del Jurado se pronunciaran expresamente sobre las pruebas aportadas por la defensa, llegando a solicitar la expresa valoración de una

prueba concreta de las practicadas en el juicio oral (la de la «*parafina*»). El efecto de estas instrucciones provocó el cambio del veredicto (de «*culpable*», en el acta objeto de devolución; a «*no culpable*» en el acta entregada el día 10 de noviembre de 2019).

La quiebra del principio de imparcialidad que tenía que haber presidido esas instrucciones las sitúa el recurrente en la explicación que la Magistrada-Presidenta ofreció a los miembros del Jurado: «...*han omitido cualquier pronunciamiento sobre una serie de pruebas que se han practicado, digamos ...llamémosles contraindicios aportados por la defensa o pruebas periciales científicas sobre determinados aspectos en que han omitido cualquier pronunciamiento al respecto y ése es el motivo por lo que les tengo que devolver el acta*». A continuación añadió: «...*por ejemplo, se realizó una prueba de parafina y ustedes tendrán que justificar*». Y en el momento en el que la acusación intentaba alegar que esa indicación era contraria a lo dispuesto en los arts. 54.3 y 63.1 de la LOTJ, en la medida en que interesaba un pronunciamiento expreso sobre una concreta prueba de las practicadas en el plenario, su alegación fue interrumpida en los siguientes términos: «...*guarde usted silencio por favor... entiendo que tienen que justificar por qué no le dan valor alguno...*».

5.1.- La defectuosa documentación de la crisis decisoria que vivió el Jurado no permite dar como cierto el hecho de que el primero de los veredictos que fue rechazado por la Magistrada-Presidente fuera un veredicto de condena. La publicación en distintos medios de comunicación de esa circunstancia es expresiva del interés mediático que acompañó el desarrollo del proceso, pero no sirve, por sí sola, para atribuir carácter apodíctico a una condena cuyo reflejo documental no quedó incorporado a la causa. Y ello pese a que, aun reconociendo que nos movemos en un plano conjetural, algunas de las indicaciones de la Magistrada-Presidenta para justificar la devolución del acta sugieren que se trataba de un pronunciamiento de condena.

La sentencia recurrida no descarta ese desenlace, pero tampoco lo proclama como seguro: «...se trata de una hipótesis, posible pero no segura. Tan posible y no segura, en realidad, como la contraria si atendemos a la propia redacción del objeto del veredicto. Y, en todo caso, inocua si se tiene en cuenta que desde su devolución nos hallamos ante un acta en formación» (pág. 54).

Tampoco ahora puede la Sala asumir este criterio de inocuidad. Es cierto que hasta la obtención de un veredicto definitivo el acta del Jurado está en proceso de formación. Pero el acta se aleja del significado que justifica su misma existencia cuando el ciclo formal de su elaboración es, al mismo tiempo, un proceso de autodestrucción de las decisiones precedentes que han de ser rectificadas. Nada de ello es comparable al proceso que rige la deliberación de un órgano jurisdiccional integrado por jueces técnicos en el que puede incluso no existir acta que refleje las distintas alternativas que han sido ponderadas hasta el dictado definitivo de la sentencia. En el procedimiento por Jurado la devolución del veredicto es el instrumento jurídico previsto para la tutela técnica de su congruencia. Y las indicaciones para hacer realidad esa tutela y las decisiones adoptadas por el Jurado no pueden considerarse ajenas al interés de las partes ni, por supuesto, alentar las dudas acerca de si se ha producido un cambio radical en el veredicto.

5.2.- La Sala no detecta en las explicaciones ofrecidas por la Magistrada-Presidenta para justificar la decisión de devolver el primer veredicto una quiebra patente del principio de imparcialidad, al menos en una consideración aislada que prescindiera de la destrucción del veredicto inicial. Ya hemos señalado el reconocimiento a las dificultades a las que se tuvo que hacer frente para el buen desarrollo de un proceso como el que ahora centra nuestra atención. Incluso una admonición dirigida a los miembros del Jurado en la que se recuerde la importancia de valorar, tanto la prueba de cargo como la de descargo no tiene por qué entenderse improcedente. De hecho, ese recordatorio puede ser expresivo de unas instrucciones bien formuladas, al amparo del art. 54 de la LOTJ, pues el alegato que ha de hacer el Magistrado-Presidente acerca de la función que tienen conferida los Jurados y las reglas que rigen su deliberación

debería siempre incluir la necesidad de valorar la prueba incriminatoria y la de descargo.

Sin embargo, la destrucción del acta, con la consiguiente imposibilidad de conocer cuáles eran los déficits de motivación o si estos se referían a un veredicto de condena que no había valorado suficientemente la prueba de descargo, arrojan una duda sobre el desenlace inicial del procedimiento. La decisión de destruir el acta ha conducido a un escenario en el que sólo los miembros del Jurado, la Magistrada-Presidenta y el Letrado de la Administración de Justicia son conocedores del sentido condenatorio o absolutorio del primer veredicto. Y, lo que es más importante, sólo ellos saben si el segundo veredicto que ha puesto término al procedimiento fue expresivo de la claudicación respecto de lo que el Jurado creía y la asunción de lo que interpretaron como una decisión guiada por la Magistrada-Presidenta llamada a corregir sus errores.

Las dificultades derivadas de una crisis decisoria provocada por la devolución del acta han dado lugar a una abundante literatura jurídica. El problema no es de ahora. El impacto que el rechazo del veredicto puede tener en la decisión anticipada por el Jurado ha colmado páginas de controversia histórica. El más celebrado de los comentaristas de la Ley del Jurado de 1888 entendía que esa devolución nunca podía alterar el sentido del primer veredicto, de forma que la subsanación habría de limitarse a responder a la pregunta omitida o defectuosamente contestada. No fue este un criterio unánime. De hecho, otros autores entendían que la devolución del acta restituía al Jurado en la integridad de sus facultades decisorias. Este último criterio fue el asumido por la jurisprudencia histórica (cfr. SSTS 4 noviembre 1905 y 28 marzo 1914). Lo verdaderamente relevante es que ambas tesis conducían de forma ineludible al mismo resultado, esto es, a la ineludible conservación del acta inicial para su incorporación a la causa. Así lo expresaba la STS 28 de noviembre de 1913: *«...cualquiera que sea la fórmula imperfecta en que conteste el jurado al veredicto que se la entregó, hay que interpretar los artículos 107 y ss. de la ley de su nombre -los que regulaban la devolución del acta- en el sentido de que la devolución se refiere al mismo veredicto, en donde han de anotarse las*

vicisitudes de rectificación, ampliación...etc. que dichas disposiciones consienten».

Por más que el paso del tiempo desde la fecha de estos precedentes y el hecho de que fueran dictados en aplicación de la previgente Ley del Jurado de 1888 pueda relativizar su alcance, lo cierto es que ratifican la idea de que la devolución del acta que contiene el veredicto autoriza su modificación, pero no su destrucción hasta el punto de convertir el acta inicial en un documento clandestino. La pérdida del documento que refleja la primera decisión sobre culpabilidad o inocencia del Jurado alimenta la incógnita acerca de si el segundo veredicto absolutorio implicó la rectificación de un primer pronunciamiento de condena. Y esa duda se hace inasumible para las partes que fueron expresamente excluidas de su conocimiento.

De existir esa rectificación del veredicto -la propia sentencia recurrida no descarta su realidad-, la sombra de la parcialidad de las indicaciones de la Magistrada-Presidenta se cierne sobre el acto de enjuiciamiento. Se trataría, claro es, de la quiebra de la imparcialidad objetiva adaptada a la singularidad del proceso con Jurados, por haber conducido a sus integrantes, con el loable deseo de explicar algunas omisiones en la valoración probatoria, hacia un desenlace que rectificaba la condena inicialmente acordada. La Sala es consciente de las dificultades asociadas a esa labor propedéutica que se exige del Magistrado-Presidente. Un autor clásico llegó a afirmar, en relación con el resumen presidencial de la histórica ley del Jurado, que unas instrucciones bien hechas representan uno de los mayores desafíos que puede exigirse a la inteligencia de cualquier jurista. En el presente caso, las indicaciones efectuadas por la Magistrada-Presidenta suscitan la más que fundada duda acerca de si fueron interpretadas por los miembros del Jurado como una invitación al cambio de criterio inicialmente exteriorizado. Esa sospecha habría quedado definitivamente descartada si el acta inicial permitiera conocer la influencia y el alcance que tuvieron las indicaciones de la Magistrada-Presidenta, esto es, si sirvieron para completar omisiones valorativas o si llevaron a los miembros del

Jurado a la convicción de que se habían equivocado porque el juez técnico que tutelaba su decisión les advertía del peso exoneratorio de otras pruebas.

Pero nada de esto resulta ya posible. La destrucción del acta lo impide y hace que se resienta el derecho a un proceso con todas las garantías. Se vulnera también la tutela judicial efectiva cuando la sentencia de apelación minimiza el significado de la infracción denunciada razonando que las explicaciones ofrecidas para justificar la devolución del acta *«...son réplica de las instrucciones dadas al Jurado en el momento de la entrega del objeto del veredicto. Difícilmente, por tanto, podrá tacharse de parcial una actuación que en aquel trámite anterior se aceptó sin la mínima discusión. Y ello por más que en la vista del recurso de pretenda sembrar dudas al respecto»*

La Sala entiende que la aceptación por las partes de las instrucciones a que se refiere el art. 54 de la LOTJ -emitidas en el momento en el que el Jurado se retira para deliberar- no implican obstáculo alguno para la protesta respecto de otras indicaciones que buscan, al amparo del art. 64 de la LOTJ, explicar las razones por las que se devuelve el veredicto para su integración. Además, el momento procesal en el que cada una de ellas se produce no admite la asimilación, sobre todo, en un caso como el presente en el que el acta llamada a ser completada fue destruida y se sustrajo al conocimiento de las partes.

La sentencia recurrida se limita a constatar la irregularidad de lo que allí aconteció: *«...en esta ocasión ha de reconocerse que sí existen expresiones innecesarias y, en cierta medida, oficiosas: "el acta es mía" E, incluso, otras que acaso pudieran desbordar el ámbito de la motivación exigida al Jurado y desconocer que sus miembros son capaces de distinguir los indicios de los contra indicios o la prueba de la acusación y la de la defensa: "Ellos tienen que explicar de determinadas pruebas que aquí se han practicado, digámosle de policía científica o periciales, que han omitido cualquier pronunciamiento que son pruebas de descargo y tienen que explicar... se realizó una prueba de parafina y ustedes tendrán que justificar"»*.

En definitiva, las limitaciones alegatorias y de fiscalización derivadas de la ocultación del acta que reflejaba el primer veredicto generaron en el recurrente una indefensión material constitucionalmente proscrita. Su destrucción posterior hace legítima la duda acerca de si fueron las indicaciones de la Magistrada-Presidenta, al justificar la devolución del desconocido veredicto, las que determinaron un cambio de criterio convirtiendo un desenlace inicialmente condenatorio en un pronunciamiento absolutorio. Se infringió así el derecho a un proceso con todas garantías al haberse restringido de forma inequívoca el principio de contradicción. Además, el discurso justificativo que se contiene en la sentencia recurrida no supera el canon de racionalidad y erosiona el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

Se impone la estimación del recurso y la anulación de la sentencia recurrida, acordando la celebración de un nuevo juicio con distinta composición del Jurado y nuevo Magistrado-Presidente.

6.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de la acusación particular ejercida por _____, contra la sentencia 63/2020, 13 de marzo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia con el núm. 10/2019 y fechada el 18 de noviembre del mismo año.

considero pese la brillantez dialéctica expresada en el voto mayoritario, que no se ha producido.

La identificación que se realiza entre infracción procesal y quebranto de derechos fundamentales, es afirmada, pero no aparece justificada; se identifica la irregularidad o quebranto de la normativa procesal con indefensión; que conduce además a una segunda identificación indebida escalonada, predicar irracionalidad en la sentencia de apelación porque “justifica” el actuar procesal de la Magistrada-Presidenta, donde sin embargo, en congruencia con los motivos alegados, no entra en decidir la adecuación procesal, sino en analizar desde la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del recurrente, si cabían interpretaciones alternativas de la normativa que se afirmaba quebrantada y si la adoptada, generaba indefensión.

Es decir, desde mi minoritaria posición, entiendo que se obvia que el pronunciamiento que se recurre es de carácter absolutorio y se troca el objeto del recurso y la finalidad de la casación, para argumentar una indebida tramitación procesal, donde el quebranto derecho de defensa de la acusación particular se concluye a partir de una consideración conjunta de las infracciones alegadas en escindidos motivos, aunadas a determinadas sospechas sobre la incidencia en el ánimo de los jurados.

Reitero la acotación, de la *acusación particular*, que no del Ministerio Fiscal, aunque se argumenta sobre su actividad procesal para justificar una derivada protesta del recurrente, cuando la acusación pública, que aunque recurrió en apelación, no recurre en casación y en el trámite de informe, interesó la desestimación del recurso.

I.- Valga recordar los tres motivos formulados en casación por la parte recurrente, la acusación particular, siempre por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, al amparo del art. 852 LECrim, que sustenta respectivamente en:

i) La omisión del trámite de “audiencia a las partes” establecido en el art. 63.3 y 53 de LOTJ, y que debería haberse celebrado solo con las partes y sin presencia del jurado, y con anterioridad, a la celebración de la audiencia con presencia del Jurado de devolución del acta del veredicto por la Magistrada Presidente establecida en el art. 64 de LOTJ; añade en este caso el quebranto a un proceso con todas las garantías.

ii) Falta de entrega de la copia del acta del veredicto objeto de devolución al Jurado, que afirma también infringe los arts. 53 y 63 LOTJ; así como que el acta no fuere unida a las actuaciones y fuera destruida.

iii) Las explicaciones dadas por la Magistrada Presidente del Tribunal en el trámite de la “justificación de la devolución del acta” (art. 64 LOTJ) que tilda de parciales en favor del acusado, infringiendo adicionalmente, el derecho fundamental al Juez imparcial.

II. Hemos reiterado que la vía de la infracción constitucional denunciada, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, precisa para su éxito, venir revestida de las condiciones necesarias para que pueda considerarse que tiene relevancia constitucional. Solamente si es así cabe su planteamiento en casación. La mera infracción legal de previsiones procedimentales previstas en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no es denunciabile en casación.

Además, hemos de tener presente con la STC 1/2019, de 14 de enero, la singularidad que plantea, a los efectos de la interdicción del *bis in idem*, la anulación de una sentencia penal absolutoria con orden de retroacción de actuaciones, dada la diferencia que existe entre la acusación y los acusados desde la perspectiva de los derechos fundamentales en juego dentro del proceso penal, para destacar que: en línea de principio no cabe retroacción de actuaciones ante la vulneración de algún derecho fundamental de carácter sustancial que asista a las acusaciones, ya que ello impone al acusado absuelto la carga de un nuevo enjuiciamiento no destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional.

Si bien, con la precisión de que el reconocimiento de esa limitación no puede comportar la negación a las acusaciones de la protección constitucional dispensada por el artículo 24 CE, que asimismo les incumbe. Por tal motivo, en un decidido equilibrio entre el estatuto constitucional reforzado del acusado y la necesidad de no excluir a las acusaciones de las garantías del artículo 24 CE, se admite constitucionalmente la posibilidad de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, en aquellos casos en los que se constate la quiebra de una regla esencial del proceso en perjuicio de la acusación, ya que en ese escenario la ausencia de garantías no permite hablar de “proceso” en sentido propio, ni puede permitir tampoco que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable (SSTC 1/2019, de 14 de enero, 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3; 220/2007, de 8 de octubre, FJ 4; 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5, 4/2004, de 16 de enero, FJ 4).

Expresado en modo conclusivo, la excepción afecta a aquellas resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado sobre *un proceder lesivo de las más elementales garantías procesales de las partes* (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7; 12/2006, de 16 de enero, FJ 2, o 112/2015, de 8 de junio, FJ 4). Si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye la proscripción de la indefensión, el propio Tribunal Constitucional “ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el artículo 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material” (por todas, STC122/2007, de 21 de mayo, FJ 3).

También pondero en mi reflexión, que el derecho a la tutela judicial efectiva supone, no solamente el derecho de acceso al proceso, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (STC 180/1995), así como a los recursos legalmente establecidos, sino también

el adecuado ejercicio del derecho de audiencia y defensa para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses, excluyendo así la indefensión prohibida por el art. 24 C.E. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 102/1998).

Indefensión material, que en cualquier caso, debe ser acreditada y no cabe aventurar a partir de dar entrada a diversas sospechas de lo acontecido.

III. Existe otra exigencia más, cual es que la indefensión no sea imputable a quien las haya sufrido, por su pasividad o negligencia.

El voto mayoritario señala que existió efectiva protesta en el momento en el que pudo exteriorizarse y de su existencia dejan cumplida huella el FJ 2.2 de la propia sentencia del Tribunal del Jurado -donde consta «...*dada la protesta de las acusaciones efectuada en el trámite previsto en el artículo 64*»- y el acta extendida por el Letrado de la Administración de Justicia, en el que puede leerse: «...*por el MF y el abogado acusador formulan protesta sobre la decisión de la Magistrada...*». Y la «*decisión*» de la Magistrada fue devolver el acta.

Precisa sin embargo la sentencia de apelación sobre el desarrollo de la comparecencia, a partir de la documentación del acto y la visualización de la grabación que la Magistrada Presidente comenzó a ilustrar al Jurado sobre las causas de devolución apreciándose: (i) la aquiescencia gestual o, al menos, la falta de discrepancia de las partes, de todas ellas sin excepción, respecto de las indicaciones primeras que se ofrecieron por falta-insuficiencia de motivación, identificación de la prueba directa que justificaría los indicios o individualización del concreto documento, testigo o pericia; (ii) la disconformidad posterior, ya verbalizada por las acusaciones, sobre una última instrucción relativa a la omisión de pronunciamiento en lo relativo a una serie de "contraindicios" o hechos de la defensa sobre la que se solicita aclaración; (iii) la protesta que formularon tanto el Ministerio fiscal como la acusación particular al ver desatendidas sus alegaciones al respecto y (iv) la falta de denuncia no solo por

la devolución en sí, su improcedencia, como por los sujetos intervinientes en el acto, los miembros del Jurado, o su desarrollo procedimental.

He de precisar, que de la propia transcripción que se realiza en el parecer mayoritario, el Ministerio Fiscal niega la existencia de causa de devolución del acta; pero la acusación particular exclusivamente protesta en relación a la exigencia de pronunciamiento en lo relativo a una serie de "contraindicios" o hechos de la defensa (art. 64 LOTJ) al entender que *el jurado no se tiene que pronunciar sobre una cosa que no considera probada*; y especialmente debo remarcar como señala la sentencia de apelación que más allá de la reclamación arriba indicada, no hubo queja ni protesta alguna sobre el modo en que se desarrolló el acto o respecto a la presencia de los jurados desde el inicio, ni de las acusaciones ni de la defensa; y que tampoco las partes, ninguna de ellas de nuevo, interesó la entrega de una copia del acta del veredicto emitido por el Jurado, y que se iba a devolver. Ni siquiera procuraron, a los efectos de articular su disidencia, el conocimiento del resultado de las votaciones.

IV. Consecuentemente, aunque ciertamente de la lectura de los arts. 63 y 64 LOTJ, parece desprenderse que la decisión de devolver el acta al Jurado la toma el Magistrado-Presidente de oficio y sin oír a las partes, y que, tomada la decisión, pero antes de hacerla efectiva, se convocará a las partes a una comparecencia, que se desarrollará en los términos del artículo 53 y por ende, los jurados no estuvieran presentes cuando la Magistrada Presidente, expusiera a las partes las causas de la devolución del acta y durante las alegaciones que las mismas realizaran; no le era dable a la acusación particular, recurrir por haber estado presentes los jurados desde el inicio de la comparecencia de devolución del acta, pues ninguna protesta sobre este específico extremo manifestó.

Y no es dable, argumentar la protesta manifestada por el Ministerio Fiscal (en todo caso referida a la inexistencia de causa legal de devolución del acta, que no a la presencia de los jurados desde el inicio de la comparecencia), para justificar la existencia de protesta por parte de la acusación particular.

V. De otra parte, tal presencia, no originó indefensión alguna. Esa propia transcripción, muestra como con presencia o sin presencia de jurados, los intervinientes, también el recurrente, pudieron intervenir y realizar las alegaciones que a su derecho convino. Ninguna contradicción quedó menoscabada por esta causa.

Pero aunque existiera ese quebranto de un derecho fundamental, el entendimiento pacífico jurisprudencial del último inciso del art. 846 bis c) referido a los supuestos de las letras a), c) y d) de esa norma, *para que pueda admitirse a trámite el recurso, deberá haberse formulado la oportuna protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada*, es que la exigencia de la protesta no resulta excepcionada en ningún caso, e integra un diverso contenido a la reclamación de subsanación del apartado a).

Aún en los casos en que no sea necesaria la previa reclamación de subsanación por conllevar la infracción por vulneración de un derecho fundamental, en todo caso sí debe serlo la protesta al tiempo de producirse la infracción denunciada, dado que el último párrafo del artículo 846 bis c) no contempla excepción de ningún tipo en dicha exigencia (SSTS 257/2019, de 22 de mayo; 24/2016, de 28 de enero; 1145/2006, de 23 de noviembre; 436/2014, de 9 de mayo). Y del examen del acta y de la grabación de la comparecencia, en ningún modo puede entenderse que la acusación particular protestara porque las previsiones del art. 63.3 y 64 LOTJ se tramitaran en una sola comparecencia, con la presencia de los jurados desde su inicio.

Y ningún impedimento existía para formular la correspondiente protesta ante la presencia de los jurados, por muy técnica que fuere; y aunque deba procurarse despejar la tarea de los jurados de dichas cuestiones, no se colige necesariamente ni siquiera con probabilidad relevante, que el potencial perjuicio se decante hacia la acusación o hacia la defensa; y en todo caso, si así fuere la ley exige protestar al respecto, en este caso y en relación a este concreto motivo,

la referida presencia de los jurados; en autos, por ninguna de las partes tempestivamente contestada.

Tan es así, que el propio voto mayoritario para otorgar relevancia a esa presencia en el derecho de defensa de la acusación particular, atiende a dos circunstancias extrínsecas al motivo: *En el presente caso, por el contrario, existen dos factores añadidos que no pueden ser obviados a la hora de valorar el alcance que esa decisión pudo tener en el contenido material del derecho de defensa. De un lado, la destrucción intencionada del acta que reflejaba el primer veredicto; de otra parte, la difundida opinión -sin que conste su realidad- de que el Jurado cambió un veredicto inicial de culpabilidad por una segunda decisión de inocencia y que ese cambio obedeció a la interpretación que los miembros del Jurado hicieron de las indicaciones que formuló la Magistrada-Presidenta durante el desarrollo de la audiencia para justificar la devolución del acta.*

La *difundida opinión* sobre un acontecimiento, no parece argumento casacional; mientras que en todo caso, la cuestión relevante no es el cambio sino la adecuación de las indicaciones otorgadas y la posibilidad de su fiscalización en esta sede; y en cuanto a la destrucción del acta, será examinada a continuación.

VI. La falta de entrega de la copia del acta del veredicto objeto de devolución al Jurado, así como que el acta no fuere unida a las actuaciones y fuera destruida, efectivamente, no parecen actuaciones procesales correctas.

Tampoco la justificación de la destrucción parece acertada, pues la deliberación seguiría secreta, por cuanto en el acta no consta el sentido del voto emitido por cada jurado.

Pero esa destrucción, no conlleva de ordinario indefensión alguna, ni en autos aparece mínimamente acreditada. Es decir, el trámite de audiencia previsto para la devolución del veredicto al Jurado existió, no se limitaron las facultades de alegación de las partes y la falta de entrega física de la copia del

veredicto a devolver, conforme a los precedentes jurisprudenciales de esta Sala, en las condiciones que acaeció, no integra causa de indefensión; y así la STS 14/2015, de 26 de enero:

Consta en las actuaciones que la defensa solicitó testimonio del primer veredicto del Jurado y que el Magistrado Presidente, en providencia de 16/01/2014, respondió que veredicto sólo había uno, que fue precisamente el leído en audiencia pública conforme a lo dispuesto en el art. 62 LOTJ y fue recogido en la sentencia; y que de conformidad con el art. 63 LOTJ, se había procedido, en audiencia pública, a la devolución del acta de votación al Jurado, y que en el procedimiento, según lo disciplinado en el art. 61.3 LOTJ, no se recoge otro acta de votación que le extendida definitivamente por el Jurado.

Como se dice en la sentencia dictada en apelación, sólo ha habido un acta del objeto de veredicto, y no consta qué clase de indefensión, merecedora de nulidad de actuaciones, haya podido sufrir la defensa por no haberle facilitado copia de la primera redacción del acta, habiendo asistido a las explicaciones que expresó el Magistrado Presidente en la devolución de aquél.

Indica la defensa del acusado en su impugnación que además es habitual; y cita como ejemplo el conocido como caso de Pioz (Rollo 20/18, Audiencia Provincial de Guadalajara, Tribunal de Jurado 1/16) que fue objeto del recurso de casación núm. 10461/2019, que indica consta al f. 130 de esa causa, Acta de devolución: “S.S.^a acuerda la devolución del acta por falta de motivación”, sin que ni en dicha causa conste dicho borrador, ni tampoco se formulase, como el citado acta demuestra, protesta o reclamación de subsanación alguna.

Del mismo modo la STS núm. 836/2017, de 20 de diciembre, no detecta irregularidad en la destrucción del acta, menos aún merma del derecho de defensa:

Se razona que en un primer veredicto se había llegado a resultados distintos en determinadas proposiciones que se identifican. Tras devolverse, se produjeron a mayorías diferentes: el enunciado noveno había sido declarado

probado inicialmente por cinco votos. Eso supone que algunos jurados habían cambiado contradictoriamente su voto pese a no haberse variado la literalidad de esas proposiciones. Nada de anómalo ha de verse en esa incidencia. Las deliberaciones del jurado, como las de los tribunales profesionales, han de ser dialógicas y por tanto aptas para convencer y provocar cambios en el sentido del voto en virtud de los argumentos y explicaciones ofrecidos por unos y otros. Lo que no puede pretender el recurrente es que afloren o se exterioricen las vicisitudes de esas deliberaciones que son secretas por imperativo legal. Sí: se han producido en algunos puntos variaciones. Pero eso no es una irregularidad. Era consecuencia en este caso de algunas incompatibilidades puestas de manifiesto. Además no puede fiscalizarse eso en casación. El acta devuelta no queda documentada: solo consta la grabación de la Audiencia en la que se procedió a la devolución.

VII. Ningún impedimento medió para interesar la copia del acta del veredicto objeto de devolución o de formular la correspondiente protesta por esa falta de entrega mediara petición expresa o no. Ninguna necesidad encontraron de conocer su contenido para alegar en defensa de sus correspondientes intereses.

Obsérvese que no se trata de la cuestión resuelta en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2015, atinente a la omisión de la comparecencia del art. 62 LOTJ, para lectura del veredicto, cuando no proceda su devolución. En autos, es para su devolución y la comparecencia, se celebra y además con contradicción; el *cruce de alegaciones se iba a desarrollar en presencia de un Jurado desorientado por el rechazo de su deliberación inicial*, señala el parecer mayoritario.

Y no puede integrar reproche procesal que por parte de la Magistrada Presidente *la decisión* (de devolución) *estaba ya anticipadamente tomada*. Lógicamente, debía hacerlo ante la alternativa procesal legalmente establecida; y por ello no convocó para comparecencia del art. 62, sino en seguimiento de los arts. 63 y 64 LOTJ. La ley no establece que convoque a las partes y en virtud

de lo que le informen o aleguen devolver o no devolver el acta; sino que cuando entienda que no proceda devolver el acta señale comparecencia del art. 62 y cuando apreciase alguna de las circunstancias de devolución del art. 63.1, convocara de conformidad con el art. 63.3 y 64 LOTJ.

VIII. De otra parte, aunque el acta devuelta no adoleciera a juicio del Tribunal de apelación o de esta Sala Segunda, de déficit motivacional, no es cuestión fiscalizable en casación a través de un motivo de quebranto de tutela. La exigencia de mayor motivación, no lesiona el derecho a la tutela judicial.

De ahí, que la sentencia recurrida, tras señalar que ni en el Acta escrita del Letrado de la Administración de Justicia ni en la propia grabación de la comparecencia, figura que la Magistrada Presidente: (i) negara la entrega de la copia del veredicto, por lo demás nunca solicitada por ninguna de las partes; (ii) omitiera la correspondiente ilustración sobre las razones de la devolución; (iii) o restringiera indebidamente las facultades de las acusaciones a los efectos de expresar sus discrepancias, ya con la devolución del acta de votación en sí misma considerada, ya con las justificaciones ofrecidas para ello; concluya que más bien parece que ha sido la propia actitud, ciertos vacíos en las respectivas intervenciones de las acusaciones, la que en su caso habría originado la merma de posibilidades argumentativas y defensivas que ahora se aduce.

Ni puede sustentar un quebranto del derecho a la tutela que no *fuera fácil predecir cuál habría sido la respuesta por la Magistrada-Presidenta a esa petición* no producida, de solicitar copia del acta.

IX. Consecuentemente, que el acta se hubiera destruido, no conlleva la indefensión alegada.

La motivación del veredicto debe ser lo suficientemente explícita para que el Magistrado-Presidente pueda cumplir con la obligación de concretar la existencia de prueba de cargo que le impone el artículo 70.2 de la Ley (SSTS 658/2021, de 3 de septiembre; 816/2008, de 2 de diciembre; 300/2012, de 3 de

Mayo; 72/2014, de 29 de enero; 45/2014, de 7 de febrero; 454/2014, de 10 de junio; 694/2014; de 20 de octubre; 821/2014, de 13 de noviembre; 130/2016, de 23 de febrero; 115/2017, de 23 de febrero; ó 743/2018 de 7 de febrero, entre otras); y desde esa dimensión devenía necesaria la mayor valoración instada.

De manera que la solicitud de mayor motivación (aún cuando resultara innecesaria), no comporta quebranto del derecho a una tutela judicial efectiva. De ahí que su contenido previo, en esta sede, en función del motivo alegado, no conlleva relevancia casacional.

Y ello, al margen de cuál fuera el sentido del veredicto (de culpabilidad o de inculpabilidad); es decir, de si se cambió o no el sentido del mismo.

Aunque hubiese trocado de culpable a no culpable, como indica la sentencia de apelación, es circunstancia que no resulta ajena a la fisiología del juicio jurisdiccional. Que el Jurado, al extender su examen a los aspectos del material probatorio relacionados con las cuestiones hacia las que reclamó su atención la Magistrada-Presidente (al poner de relieve los defectos del veredicto), viese determinados aspectos de aquél de forma que consideró más rigurosa o correcta y -como es habitual en la práctica judicial- reajustara su convicción al respecto en coherencia con tal apreciación, entra de manera natural en el ámbito de la decisión -el de la valoración de la prueba- sobre el que aún tenía íntegramente atribuida la competencia.

Como el propio voto mayoritario señala con encomiable alarde de precedentes históricos jurisprudenciales, la devolución del acta autoriza alterar el sentido del veredicto; mientras que al no diversificarse en la normativa histórica, la materialidad del acta del veredicto y el acta de las comparecencias para su devolución, era lógica la mayor impronta de su conservación. En la normativa actual, recogida en acta diversa las causas de devolución, el contenido del iter formativo de la decisión judicial, el acta del veredicto devuelto, no cobra esa relevancia. Especialmente en cuanto se invoca quebranto de la

tutela judicial, en devolución del veredicto que se limita a instar mayor motivación.

X. En cuanto a la pérdida de imparcialidad, se alega que en el debate abierto y respecto a las respuestas que dio la Magistrada Presidente a las preguntas-discrepancias formuladas por el Ministerio Fiscal y por el letrado de la acusación particular e, incluso, a las interpelaciones de dos miembros del jurado; se posicionó clara e indebidamente del lado de la defensa; pero tras el examen de su intervención, las consideraciones vertidas, no comportan el menoscabo proscrito.

La Magistrada Presidente no se aparta de la imparcialidad requerida. Explica de modo abstracto sin concreción de medio probatorio alguno las deficiencias del acta que devuelve; y sólo ante las objeciones postreras de las acusaciones y la pregunta concreta de un jurado, en la respuesta media alusión a un específico medio de prueba, pero sin pronunciamiento alguno sobre su valor probatorio, sino sobre la necesidad de su valoración. Es más, las indicaciones, antes de la precisiones instadas, no son, sino reiteración de las que ya les expusiera con ocasión del cumplimiento del art. 54 LOTJ.

Su contenido fue absolutamente neutral, en cuya consecuencia es indiferente que el jurado cambiase o no su pronunciamiento de culpabilidad. Tanto si el acta devuelta contenía uno u otro pronunciamiento, la motivación normativamente exigida, debía ser observada; no cuestiona la Magistrada lo acertado o equivocado de la votación, sino exclusivamente se exhorta a justificar el sentido de su decisión como un acto basado en la razón y sujeto a la Ley, cualquiera que fuera el sentido de la misma.

XI. A todo ello he de añadir que el cuestionamiento de las acusaciones a la motivación de la devolución del acta, que motivó las postreras concreciones de la Magistrada Presidente, resultaba infundada.

Pues al margen de la dicción literal del art. 63.1 LOTJ, desde las primeras causas seguidas ante el Tribunal del Jurado, cuando llegaron a conocimiento de esta Sala Segunda (SSTS 364/1998, de 11 de marzo, 299/1998, de 30 de mayo y 1187/1998, de 10 de octubre), se entendió y estableció pacíficamente que la ausencia, insuficiencia o arbitrariedad de la motivación del veredicto constituye causa de la devolución del acta por “defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación” [art. 63.1 e) LOTJ].

Específicamente, el art. 61.1.d) LOTJ impone a los Jurados, con carácter general y no sólo en supuestos concretos, la explicación de las razones por las que han considerado probados o no probados unos hechos.

Además de, que la jurisprudencia efectivamente lo exige, en intensidad ponderada lógicamente en función de la dificultad epistémica del supuesto; concretamente que el veredicto contenga las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados y como no probados; y así la STS núm. 279/2003, de 12 de marzo (caso *Wahninkof*), requiere del Jurado la expresión en el acta del veredicto de los concretos contenidos extraídos de cada medio probatorio en que se basa la declaración de los hechos como probados o no probados, y al menos una mínima expresión de por qué se ha otorgado mayor fuerza de convicción a unos contenidos que a otros.

Ciertamente, el deber de motivación tiene singularidades en el caso de sentencias dictadas en procedimiento del Tribunal del Jurado, por la intervención de jueces legos, no expertos en derecho. Hemos declarado que no puede exigirse a los ciudadanos que integran un Jurado el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que a un juez profesional (STS 694/2014, de 20 de octubre) y que conforme al artículo 61.1 d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, solo se precisa que “[...] en el acta de votación figure la expresión de los elementos de convicción y una sucinta explicación de las razones por las que han admitido o rechazado como probados unos determinados hechos” (STS 51/2021, de 25 de enero). Pero también ha indicado esta Sala en referencia a

los contraindicios, que la motivación alcanza a la prueba de descargo (STS 528/2008, de 19 de junio).

Por ello, en conformidad con la sentencia de apelación, aún cuando alguna expresión en cuanto al tono que exterioriza, no fuere afortunada, el examen de las manifestaciones de su intervención, muestra, como racionalmente valora el Tribunal de apelación, que: (i) se situaron en el entorno de la motivación exigida al Jurado cuyo control era preciso a efectos de prevenir cualquier posible causa de nulidad posterior; (ii) constituyeron continuación de las explicaciones dadas con anterioridad con ese esfuerzo propedéutico que se le requiere; (iii) en ningún momento supusieron la asunción de un papel "llamativamente activo" que llegara a desbordar el estatuto de neutralidad exigible a quien preside el Jurado; (iv) y menos aún implicaron la realización, encubierta o no, de un enjuiciamiento fáctico propio sobre la base de una valoración de las pruebas practicadas. Incluso al referirse a la prueba de la parafina se hizo en respuesta a la interpelación de uno de los jurados y recalando que son ellos los que tenían que valorarla y "justificar por qué no le dan valor alguno".

Presupuestos desde los cuales, aunque mediara divergencia sobre la necesidad o no de la devolución del acta, en modo alguno, tal como acontece en autos y exterioriza el acta de devolución, conlleva irracionalidad decisoria; y de ninguna manera, la conclusión de diverso parecer sobre la suficiencia del acta (si era de signo de no culpabilidad, el recurso carece de objeto; y si fuere de culpabilidad, baste recordar las numerosas SSTC en las que se consideró vulnerada la presunción de inocencia en condenas sustentadas en prueba indiciaria -68/1998, 171/2000, 137/2002, 267/2005, 137/2007, etc.-), competencia exclusiva de la Magistrada Presidente, reflexiva y motivadamente utilizada, motivaría nulidad alguna.

Tampoco el exceso verbal mínimo, "el acta es mía"; revela pérdida de imparcialidad. Como muestran las sentencias núm. 180/2020, de 19 de mayo o 205/2016, de 10 de marzo "en el conjunto de intervenciones o preguntas

efectuadas por el Tribunal en el curso de un juicio oral no es exigible que todos y cada uno de los comentarios e interrogantes fuesen adecuados y suscribibles por cualquier tercer observador que diseccione posteriormente el juicio en un laboratorio. Que se deslice algún comentario menos afortunado, o alguna expresión o pregunta que en un examen ex post pueda tildarse de innecesaria no es señal de parcialidad, ni desde luego determinará la nulidad de un juicio. No es fácil dirigir un debate. Hay que resolver muchas incidencias sobre la marcha y mantener cierta tensión para que no queden sin cerrar cuestiones que luego pueden echarse en falta en trance de resolver. Y no puede pretenderse al frente de un juicio un Presidente asimilable a un robot, sin carácter, sin sentimientos, inhumano, vacunado frente a toda posible equivocación".

En modo alguno esa expresión conllevaba desviación de su neutralidad en la función de enjuiciamiento y dirección del proceso que llevaba a cabo.

XII. En definitiva, media una comparecencia para devolver el acta que no se acomoda a la interpretación más ortodoxa del art. 63.3 LOTJ y además el acta del veredicto devuelta no es entregada a las partes que no interesan conocer su contenido hasta que se emite el veredicto definitivo que resultó ser de inculpabilidad; momento ya en el que se había destruido.

Pero el ámbito del recurso, no es sancionar o impedir la estricta regularidad procesal, sino atender a si se conculcó el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en este caso la acusación particular, originándole indefensión.

Tanto el recurso como el voto mayoritario, en mi entendimiento minoritario, identifican expresamente las irregularidades procesales que denuncian con indefensión material, pero resta por explicar esa identificación. No existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada.

En la comparecencia celebrada, aunque estuvieran presentes los jurados, no medió merma de contradicción alguna y las partes pudieron expresar las alegaciones que ponderaron convenían a su derecho; el recurrente en casación, no protestó por esa presencia inicial de los jurados, ni interesó el contenido del acta devuelta, sino hasta que conoció el veredicto ulterior de inculpabilidad; el acta devuelta fue destruida y no incorporada a las actuaciones, lo que no es extraño en la práctica y los precedentes jurisprudenciales no han asociado pese a invocarse en el correspondiente recurso merma del derecho de defensa; y en todo caso, no explica que motivo de casación podía suscitarse tras el conocimiento del acta del veredicto, cuando fue devuelta para instar justificadamente (como resulta del contenido de las explicaciones recogidas en la titulada “Acta de devolución del art. 63 LOTJ” (folio 3141 y su anverso, tomo VIII), mayor motivación.

Mientras que las explicaciones e instrucciones, mantuvieron una absoluta neutralidad, pues en modo alguno, se indicaba el sentido de la valoración probatoria que se exhortaba; y si medió cambio en el sentido del veredicto, nada resulta acreditado, que no fuera derivado de la profundización de la valoración probatoria, como tantas veces acaece en el decurso de una deliberación de un tribunal colegiado. Entender que la sola mención a la prueba de la parafina, contenía una indicación sobre el sentido del veredicto, una invitación a la exoneración del acusado, no resulta de la sistemática y congruente ponderación de ese concreto elemento de prueba con el resto de la valoración probatoria efectuada por los jurados, ni resulta del conjunto de las instrucciones impartidas por la Magistrada Presidente.

Ex ante, no se consideró, pues ninguna protesta subsigue a la mención de la parafina; y ex post, únicamente sobrevuela una sospecha que se pretende ilícita, ante el tácito pero infundado razonamiento de que unas instrucciones de la Magistrada sobre una profundización en el proceso de valoración, no pueden conducir racional y lógicamente al jurado a alterar el resultado del anterior veredicto.



En todo caso, no son las sospechas, argumento que coadyuve a integrar una indefensión que no se logra justificar; la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95); concreción de esa situación, que más allá de abstracciones y afirmaciones apodícticas, en el recurso resulta desconocida.

De ahí el disenso de mi minoritario parecer.