

## Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 8/2022 de 12 enero  
JUR\2022\28463

**VALIDEZ DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE CITAR A LOS TESTIGOS, POR HALLARSE EN IGNORADO PARADERO, PARA QUE COMPAREZCAN AL ACTO DEL JUICIO ORAL. RUEDA DE RECONOCIMIENTO:** la existencia previa de una identificación fotográfica en sede policial, con carácter general, no invalida o vicia los resultados de aquélla.

**ECLI:**ECLI:ES:TS:2022:11

**Jurisdicción:**Penal

Recurso de Casación 10475/2021

**Ponente:**Excmo Sr. Leopoldo Puente Segura

### **T R I B U N A L S U P R E M O**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 8/2022**

Fecha de sentencia: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10475/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10475/2021 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 8/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma e infracción de precepto constitucional interpuesto por la representación legal del condenado **DON Fausto**, contra la [Sentencia núm. 54/2021 \(PROV 2021, 324186\)](#), dictada el 15 de junio, por el Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de apelación núm. 20/2021, en el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por el más arriba mencionado contra la [sentencia núm. 245/2020, de 30 de octubre \(ARP 2020, 1655\)](#), dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección primera, por la que se condenó al recurrente por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y dos delitos de homicidio imprudente, en concurso ideal. Los Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el condenado, **DON Fausto** representado por la Procuradora de los Tribunales doña Sandra Osorio Alonso y defendido por el Letrado don Jaime Medina Alonso; y como acusación particular la **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**, representada por la Letrada de sus Servicios jurídicos.

Ha sido parte **el MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **PRIMERO.-**

El Juzgado de Instrucción nº 3 de DIRECCION000, (antiguo mixto nº 8), incoó procedimiento abreviado núm. 1252/2019, por un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y tres delitos de homicidio imprudente contra Fausto. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección primera de la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria que incoó PA núm. 23/2020 y con fecha 30 de octubre de 2020, dictó [Sentencia \(ARP 2020, 1655\)](#) que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El acusado Fausto mayor de edad y natural de Marruecos, con NIE NUM000, movido por móviles no concretados pero no humanitarios, se encargó de dirigir y pilotar la patera propulsada a motor que trasladó, desde una playa del norte de Marruecos a la costa canaria, a un grupo de unas treinta personas, de los que al menos diecisiete, (once mujeres, tres hombres y tres niñas de corta edad), eran de origen subsahariano, siendo el resto de viajeros de origen magrebí.

Como precio del pasaje cada ocupante debía abonar una suma que rondaba los 1.000 euros.

El viaje se organizó de manera clandestina y tenía como finalidad eludir el cumplimiento de las normas administrativas vigentes y demás formalidades relativas al acceso de personas extranjeras a territorio español, siendo conscientes los que intervenían en tal operación de una forma u otra, entre ellos el acusado, que quienes ocupaban la patera carecían de la documentación requerida para habilitar su entrada y que actuaban apremiados por una situación de necesidad.

La citada patera salió de la costa marroquí unos cinco días antes de su llegada a la costa canaria, hecho que tuvo lugar en la noche del día 16 de mayo del 2019 y en una zona de tierra próxima al Puerto de Arguineguín, lugar ubicado dentro del término municipal de DIRECCION001, (Gran Canaria).

El acusado patroneó la mencionada embarcación desde su salida hasta su llegada a tierra española, siendo sustituido en tal menester y de manera ocasional por otros ocupantes de origen magrebí que no han sido identificados. Para no perder el rumbo se valió de un dispositivo GPS.

Poco antes de alcanzar el objetivo perseguido, el patrón Fausto ejecutó, de manera

precipitada y arriesgada, la maniobra de aproximación a tierra, lo que provocó la colisión de la nave con una roca y la caída de algunas de las personas al mar. Como consecuencia de ello, perdieron la vida, al menos, dos de ellas, en concreto: una mujer de mediana edad llamada Rosa, que viajaba con su hija menor Salvadora, nacida el NUM001 de 2011, (la cual en la actualidad sigue en territorio canario bajo tutela gubernativa); y otra, una niña de aproximadamente un año de edad, María Angeles que viajaba con su madre María Cristina. El fallecimiento de ambas se produjo por asfixia mecánica por sumersión primaria completa, (anoxia anóxica), dada la imposibilidad de realizar un adecuado intercambio de oxígeno. Hubo una tercera persona, mujer, que también cayó al mar y que al día de hoy se desconoce su identidad, situación y estado.

El acusado, momentos antes del impacto, saltó al agua, llegó a la orilla y logró en principio escapar del control policial, siendo finalmente localizado en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, donde fue detenido el pasado 31 de Mayo de 2019 y puesto a disposición judicial para seguidamente, en concreto el 3 de junio de 2019, quedar en situación (de) prisión provisional, medida cautelar que fue ratificada el 10 de Junio de ese año y que al día de hoy se mantiene vigente.

La patera era de cortas dimensiones, (5,5 metros de eslora y 2,5 metros de manga), frágil, inestable, inapropiada para una travesía de varios días e inadecuada para el transporte de ese número de personas, las cuales por tal motivo viajaban apiladas y en una posición incómoda que debían mantener de manera casi permanente. Carecía de cualquier sistema de seguridad, contando con un número insuficiente de chalecos salvavidas reflectantes, que además no estaban homologados y no eran aptos para su cometido. No se disponía de víveres ni de bebidas para poder atender con suficiencia las necesidades vitales de todos ellos.

La madre de la menor fallecida y la menor hija de la mujer fallecida, esta última a través de la entidad pública que ha asumido su tutela, reclaman las indemnizaciones que pudieran respectivamente corresponderles por la muerte de su hija y madre y por los demás perjuicios sufridos".

## **SEGUNDO.-**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENAR al acusado Fausto, como autor de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya definido, A LA PENA DE CINCO AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo.

CONDENAR AL CITADO ACUSADO, como autor de dos delitos de homicidio

imprudente en concurso ideal, ya definidos, A LA PENA de TRES AÑOS DE PRISIÓN, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante dicho tiempo.

Asimismo, Fausto deberá indemnizar en la cantidad de 72.438,56 euros a María Cristina madre de María Angeles y en la cantidad de 93.135,30 euros a Salvadora hija de Rosa. Sumas que se verán incrementadas con los intereses legales correspondientes, conforme a lo dispuesto en el art. 576 de la [LE Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#).

Se absuelve al acusado del otro delito de homicidio imprudente por el que ha sido acusado. Las costas procesales de este juicio se imponen al condenado en la proporción de 3/4, declarando el 1/4 restante de oficio.

Conclúyase en legal forma la pieza de responsabilidad civil.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas se le abonará al acusado el tiempo que haya estado privado de libertad por esta causa.

Esta [Sentencia \(ARP 2020, 1655\)](#) es recurrible en Apelación ante la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, conforme a lo dispuesto en los vigentes artículos 846 bis a) de la [LE Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) y demás concordantes, debiendo interponerse dentro de los diez siguientes a la última notificación de la sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

### **TERCERO.-**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, la representación legal de Fausto, presenta recurso de apelación con base en los motivos expuestos en su escrito ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, formándose el rollo de apelación 20/2021. En fecha 15 de junio de 2021 el citado Tribunal dictó [sentencia núm. 54 \(PROV 2021, 324186\)](#), cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por la procuradora doña Ingrid Suárez Ramírez, en nombre y representación de don Fausto contra la [sentencia dictada en fecha 30 de octubre de 2020 \(ARP 2020, 1655\)](#), dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el procedimiento abreviado 23/2020, resolución que confirmamos en toda su integridad.

No procede efectuar imposición de costas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de casación que deberá anunciarse ante esta Sala en el plazo de cinco días.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos"

#### **CUARTO.-**

Contra la anterior [sentencia \(PROV 2021, 324186\)](#), la representación procesal de Fausto anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

#### **QUINTO.-**

El recurso de casación formalizado por el aquí recurrente se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del [art. 851.2](#) de la [LECrím \(LEG 1882, 16\)](#). y en relación con el art. 855 del mismo texto legal. Se queja de que le han sido denegadas diligencias de prueba, que propuestas en tiempo y forma hubieran sido pertinentes para su defensa.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.2](#) de la LECrím. y en relación con el art. 855 del mismo texto legal.

Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, -si bien al amparo del [art. 849.1](#) de la LECrím-, y en relación con el [art. 5.4](#) de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) y [art. 852](#) de la LECrím., al entenderse vulnerado el [artículo 24.1](#) de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) por violación del derecho a la presunción de inocencia.

#### **SEXTO.-**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente su desestimación, en razón de las consideraciones expuestas en su informe de fecha 19 de octubre de 2021.

Los Servicios jurídicos de la administración de la Comunidad Autónoma de Canarias impugnaron el recurso planteado de contrario y solicitaron se confirme la condena impuesta.

## **SÉPTIMO.-**

Por diligencia de ordenación de 5 de noviembre de 2021 se tienen por incorporados los anteriores escritos y se da traslado a la parte recurrente por plazo de tres días conforme al [artículo 882.2º](#) de la [LECrim \(LEG 1882, 16\)](#). La representación legal del condenado reitera el recurso interpuesto en tiempo y forma.

## **OCTAVO.-**

Por providencia de esta Sala de 7 de diciembre de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 11 de enero de 2022.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-**

1.- Al amparo de lo establecido en el [artículo 851.2](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), --aunque quiere, en realidad, referirse al artículo 850.1--, censura la recurrente que le habría sido denegada indebidamente la práctica de ciertos medios de prueba, --en concreto la declaración testifical en el acto del juicio oral de los seis testigos protegidos--, siendo vulnerado con ello su derecho a la tutela judicial efectiva. Argumenta que, a su juicio, tal declaración habría sido decisiva "no solo a los efectos de ratificar las declaraciones preexistentes, sino a los efectos de contestar al interrogatorio que le pudiera formular la defensa del Sr. Fausto".

2.- El motivo solo puede decaer. Tal y como se afirma en el fundamento jurídico sexto de la [sentencia \(PROV 2021, 324186\)](#) que ahora se recurre, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, lo cierto es que conforme quedó consignado por la Letrada de la Administración de Justicia, resultaba imposible, en términos de razonabilidad, determinar "la localización y el paradero de los mismos, al desconocerse el domicilio e incluso desconocer si los mismos seguían en la Isla, por lo que tanto a la Policía Nacional como a la Brigada de Extranjería les fue imposible localizarlos al ignorar su ubicación actual, acreditando tal eventualidad". Así las cosas, y por encima de la voluntad de unos y otros, el hecho cierto es que, practicadas las diligencias encaminadas a la averiguación del paradero de los testigos, al efecto de que pudieran ser convocados al acto del juicio, dichas gestiones resultaron infructuosas, sin que se entretenga la recurrente en señalar qué otras diligencias o actuaciones enderezadas a ese fin pudieran haberse realizado. Siendo imposible convocar a los testigos referidos, mal puede sostenerse, con razón, que la prueba propuesta hubiera resultado indebidamente denegada. Cuestión distinta, naturalmente, es la de determinar el valor probatorio que pueda otorgarse a la declaración que, a modo de prueba preconstituida, protagonizaron los mismos en la fase de instrucción del procedimiento, extremo que abordaremos en su lugar.

A mayor abundamiento, esta queja se plantea ahora per saltum (no fue aducida en el marco del recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia). Y, además, tampoco se interesó ante éste, tal y como lo autoriza el [artículo 790.3](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la práctica de dichas pruebas en la segunda instancia, seguramente consciente como era la defensa del acusado de que, ignorándose el paradero de los testigos, la misma no podría llevarse a término.

## **SEGUNDO.-**

1.- A través del cauce impugnativo que ofrece el [artículo 849.2](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), pretende la recurrente que habría constancia de la existencia de un error en la valoración probatoria, pretendidamente evidenciado por documentos que obran en autos y que no habrían resultado contradichos por ningún otro elemento de prueba.

Como documentos de referencia, pretendidamente expresivos de dicho error valorativo, invoca la parte recurrente los que siguen:

a) los folios 13, 16, 23, 41, 42, 43, 51, 52, 68, 71, donde se recogen los nombres de los ocupantes de la patera y donde no consta fehacientemente que sean los ocupantes de la patera siniestrada y que, a su vez, estos sean realmente algunos de los testigos protegidos 1 a 6.

b) Las declaraciones de los testigos protegidos que figuran en formato DVD y que constan como prueba preconstituida, habida cuenta que la defensa se vio imposibilitada, en el ejercicio de su legítimo derecho de defensa, al no poder interrogar a los mismos durante el plenario.

c) Reconocimiento fotográfico en sede Judicial 3 días antes de la rueda de reconocimiento judicial, folios 253 a 262 y 285 a 320.

d) Folios 547 a 551 fotografías extraídas del tlf. móvil de D. Fausto días posteriores a los hechos, no apreciándose quemaduras solares propias de patrones de pateras.

2.- Tampoco este motivo de queja puede progresar. Este Tribunal, últimamente, por ejemplo, en nuestras [sentencias números 39/2021, de 21 de enero \(RJ 2021, 73\)](#) y [406/2019, de 17 de septiembre \(RJ 2019, 3715\)](#), ha tenido ocasión de recordar que dicho motivo de impugnación exige para su prosperabilidad, según reiterada jurisprudencia de esta Sala -entre otras [STS 936/2006, de 10-10 \(RJ 2006, 7705\)](#), [778/2007 de 9-10 \(RJ 2007, 6298\)](#) ; [1148/2009, de 25-11 \(RJ 2010, 1017\)](#), la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como



las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa.

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

3) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente era importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlos ([STS 693/2015 de 12.11 \(RJ 2015, 5190\)](#)).

4) Que el dato que el documento acredita no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, [art. 741 LECrim](#).

Igualmente, la [STS 911/2013 de 3.12 \(RJ 2013, 7845\)](#), recuerda: <<... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

Por otra parte, el error debe tener directa relación con lo que es objeto principal del juicio, aunque también hay que tener en cuenta que si sobre el punto respecto del cual se alega el error se hubieran llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce entonces al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento o en los documentos especialmente traídos a colación, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios probatorios. De forma que el error relevante es incompatible con una nueva valoración de las pruebas por parte del Tribunal de casación, lo que está vedado>>.

En el caso, es claro que alguno de los documentos a los que la recurrente apela no tienen la consideración de tales (así, la declaración prestada en fase de instrucción por los testigos protegidos); y, en cualquier caso, ninguno de ellos viene a poner de manifiesto, sin necesidad de argumentaciones complementarias, más o menos especulativas, la existencia de error ninguno en la valoración de las pruebas.

### **TERCERO.-**

1.- Finalmente, y ahora al amparo de las previsiones contenidas en el [artículo 852](#)

de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#), observa el recurrente que las resoluciones impugnadas habrían venido a vulnerar su derecho fundamental a la presunción de inocencia, contemplado en el [artículo 24.2](#) de la [Constitución española \(RCL 1978, 2836\)](#).

Explica que, a su parecer, no existe certeza de que los testigos protegidos fueran, en realidad, personas de procedencia subsahariana que viajaban en la patera el día en el que sucedieron los hechos. Travesía con la que, al mismo tiempo, asegura el acusado no tiene vínculo o relación alguna, habiendo llegado a España el acusado, meses antes, trabajando en nuestro país durante ese período de tiempo, aunque en situación irregular o no acomodada a la normativa. Y muy especialmente destaca que el testimonio prestado en la fase de instrucción, a modo de prueba preconstituida, en ningún caso podría alcanzarse para enervar el mencionado derecho fundamental, toda vez que no pudieron los testigos ser interrogados por la defensa en el acto del juicio oral, amén de que procedieron a identificar al acusado en una rueda de reconocimiento que se encontraba ya viciada, siempre según sostiene quien ahora recurre, habida cuenta de que solo unos días antes de ser practicada, ya los testigos habían procedido a reconocer al acusado en los álbumes de fotografías que les fueron mostrados en dependencias policiales.

2.- Como explica, por todos, nuestro [auto número 408/2021, de 20 de mayo \(PROV 2021, 240838\)](#), citando, a su vez, la [sentencia número 476/2017, de 26 de junio \(RJ 2017, 3036\)](#): <<La reforma de La ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la [Ley 41/2015 \(RCL 2015, 1524, 1989\)](#), modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, al generalizar la segunda instancia, bien ante la Audiencia Provincial o bien ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos, por otro lado, de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado

respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En este marco, la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba>>.

3.- En el caso, ya el Tribunal Superior de Justicia tuvo ocasión de enfrentar, en el marco del recurso de apelación previo, estas mismas quejas. Empieza por refrendar, muy razonablemente, la validez de las pruebas preconstituidas que protagonizaron los seis testigos protegidos en la fase de instrucción del procedimiento. Precisamente, al tratarse de personas que habían ingresado en el territorio nacional por un cauce ilícito, era sentido el peligro evidente de que, transcurrido el tiempo indispensable para desplegar la instrucción de la causa, no pudieran aquellos ser citados, por hallarse en ignorado paradero, a fin de que comparecieran a deponer como testigos en el acto del juicio oral. Se acordó por esto que su declaración prestada en instrucción se desarrollara en términos de prueba preconstituida al efecto de conjurar dicho riesgo, que efectivamente se concretó después. Y dichas declaraciones, documentadas en grabación audiovisual, se desarrollaron no solo, naturalmente, a presencia judicial y a través de los correspondientes intérpretes, sino también con intervención del Ministerio Público y del letrado defensor del investigado, quienes tuvieron ocasión así de intervenir en el desarrollo de dichas declaraciones y formular a sus protagonistas cuantas preguntas tuvieron por convenientes. De hecho, ninguna queja manifestó la defensa, ni relativa a la forma en la que las declaraciones se recibían ni al modo en que pudo participar en ellas. Y ya se ha dicho que no fue posible su comparecencia al juicio, al haber resultado infructuosas las gestiones encaminadas a su localización, sin que la parte ahora disidente sugiera otra actuación ninguna que pudiera, razonablemente, haber sido implementada con dicho fin.

Este Tribunal, por ejemplo en nuestra reciente [sentencia número 136/2021, de 16](#)

[de febrero \(RJ 2021, 725\)](#), tiene dicho que: <<El [artículo 730](#) de la LECrim, reformado en parte por la [Ley 4/2015, de 27 de abril \(RCL 2015, 607\)](#), del Estatuto de la víctima del delito, prevé la posibilidad de proceder a la lectura o reproducción de diligencias sumariales cuando no puedan reproducirse en el juicio por causas independientes de la voluntad de las partes. Cuando se trata de declaraciones testificales, la jurisprudencia ha venido equiparando los casos de fallecimiento del testigo con otros que supongan la imposibilidad de comparecer, como el encontrarse en ignorado paradero o bien cuando el testigo resida en país extranjero, cuando de este dato se desprenda la imposibilidad o una seria dificultad para hacerlo comparecer ante el Tribunal. Los [artículos 448 y 777](#) de la LECrim regulan la prueba preconstituida, garantizando a las partes la posibilidad de contradicción. La diligencia deberá ser luego introducida en el plenario en la forma prevista en el artículo 730, al que se remite expresamente el artículo 777.

En todos los casos, lo que debe ser comprobado es la imposibilidad o seria dificultad de que el testigo comparezca ante el Tribunal, pues de no ser así, lo correcto es oír a aquel directamente, bien sea de forma presencial o recurriendo a la videoconferencia o sistemas similares que permitan una comunicación bidireccional en tiempo real>>.

4.- Sentado que la prueba de cargo se desarrolló aquí de forma lícita y regular, corresponde ahora adentrarnos, desde la posición que nos compete desempeñar en el ámbito de este recurso de casación, en la suficiencia de aquélla para enervar la presunción de inocencia.

En el caso, los seis testigos de consuno expresaron que viajaban en la patera a la que se alude en el relato de hechos probados, coincidiendo también todos ellos en los aspectos esenciales del relato de lo sucedido y, muy particularmente, en que la persona del acusado era quien gobernaba la claudicante embarcación, con independencia de que, en momentos puntuales y a lo largo de la travesía, fuera sustituido por alguno de los otros tripulantes de procedencia magrebí. Los testigos todos, además, tres días más tarde de haber identificado al acusado como la persona que patroneaba la precaria embarcación en álbumes fotográficos que les fueron mostrados en las dependencias policiales, procedieron también a identificarle en las, igualmente regulares, ruedas de reconocimiento que se practicaron en el curso de la instrucción. Ciertamente, este Tribunal tiene dicho, por ejemplo en nuestra [sentencia número 631/2019, de 18 de diciembre \(RJ 2019, 5473\)](#), haciendo cita de la doctrina contenida en la [número 609/2013, de 28 de junio \(RJ 2013, 6433\)](#), que: <<Con respecto al reconocimiento fotográfico ha de señalarse en primer lugar que se trata de una diligencia de investigación policial, cursada en los primeros momentos con objeto

de encauzar las pesquisas para el esclarecimiento de los hechos, y que se utilizan álbumes de fotografías de delincuentes habituales en el ramo de la actividad criminal en donde se encasille el suceso en cuestión. Por consiguiente, por sí misma no tiene virtualidad probatoria, ya que va dirigida a obtener una identificación inicial de un sospechoso, el cual tendrá que ser sometido a una rueda de reconocimiento judicial, con las garantías y formalidades establecidas en los [arts. 369](#) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, identificación que deberá ser ratificada en el plenario, a presencia del órgano de enjuiciamiento. No es que se trate de una identificación en el juicio oral, puesto que este medio probatorio forma parte propiamente de la fase de instrucción sumarial, a modo de prueba preconstituida, sino que sus resultados se validan en el plenario.

Quiere con ello decirse que si la exhibición de fotografías es una técnica de investigación policial, la mayoría de las veces, preprocesal, huelga tacharla de nula en la identificación del acusado sencillamente porque no tiene tal finalidad, sino la de encauzar las pesquisas policiales>>.

En ese contexto es claro que no podría mantenerse a la vez que, con carácter general, la existencia de un previo reconocimiento fotográfico en sede policial, constituyera elemento hábil para invalidar el resultado de las posteriores ruedas de reconocimiento, practicadas a presencia judicial, con las garantías legalmente establecidas, --que constituye, en puridad, el único medio probatorio con este objeto--, al socaire de que, habiendo identificado previamente y a través de fotografías a la persona del acusado, cuando así sucediera, la posterior rueda de reconocimiento ya estaría fuertemente condicionada, inhabilitada, por aquélla. Basta para comprenderlo reparar en las diferencias, también materiales, que presentan ambos métodos, siendo así que en la rueda de reconocimiento, el testigo habrá de señalar a la persona que identifique, entre otras de parecidas características y presentes físicamente integrando la "rueda"; todo bajo la autoridad del instructor, bajo la fe del Letrado/a de la Administración de Justicia, y con la efectiva intervención del Letrado/a de la defensa, tal como aquí sucedió, sin que en ese momento se formulara por éste protesta u objeción alguna. Lo subraya, con cita de muchas otras, la citada [sentencia número 631/2019, de 18 de diciembre \(RJ 2019, 5473\)](#), cuando observa: << En suma, el recurrente fue indubitadamente reconocido en diligencia de rueda, su valor identificativo no sufre merma alguna por el solo hecho de que el reconociente en ella hubiese también identificado antes, en fotografías exhibidas por funcionarios policiales en el ámbito de la investigación; práctica que no contamina ni erosiona la confianza que pueden suscitar las posteriores manifestaciones del testigo, tanto en las ruedas de reconocimiento como en las sesiones del juicio oral ( [Sentencias de 14 de marzo de 1990 \(RJ 1990, 2479\)](#) ; [12 de septiembre de 1991 \(RJ 1991, 6144\)](#) ; [22](#)

[de enero de 1993 \(RJ 1993, 292\)](#) ; [19 de febrero \(RJ 1997, 1615\)](#) y [6 de marzo de 1997 \(RJ 1997, 1723\)](#) , [11 de noviembre de 1998 \(RJ 1998, 8960\)](#) y [1286/2002, de julio \(RJ 2002, 7729\)](#) ). En definitiva, la verdadera prueba de identificación la constituye el reconocimiento en rueda, que podemos denominar con presencia física, no esa especie de sucedáneo virtual con rueda de fotografías que sirve y cumple sus fines para el avance de las investigaciones policiales, apuntando líneas de actuación policial (eventualmente, judicial), pero que no dispensa practicar la rueda de sospechosos ante la presencia judicial, con asistencia de letrado defensor y documentación de fedatario público, que preconstituye la prueba y la dota de fuerza convictiva>>.

A todo ello, viene a objetar, en sustancia, quien ahora recurre, que no se tiene la certeza de que los seis testigos protegidos fueran siquiera personas que, efectivamente, viajaban en la patera siniestrada, así como destaca que el acusado ofreció unas convincentes explicaciones sobre su ninguna intervención en los hechos (asegurando que había llegado a España, también irregularmente, varios meses antes y que había realizado diversos trabajos en nuestro país), así como destacando que las fotografías del mismo, que constaban en su teléfono móvil, y que asegura fueron tomadas en fechas próximas al arribo de la patera a nuestras costas, no evidencian ninguna quemadura facial lo que, según el recurrente razona, excluiría la participación del acusado en la travesía.

También estas objeciones encuentran cumplida respuesta en la [sentencia \(PROV 2021, 324186\)](#) dictada por el Tribunal Superior. Así, se alude al resultado de las pruebas testificales protagonizadas por diferentes agentes de policía, expresivas del modo en que se llevó a término la investigación y la manera en que pudieron ser identificados los ocupantes de la embarcación. Además, se destaca que no hay razón ninguna para considerar, siquiera en términos de mera probabilidad atendible, que los testigos protegidos no fueran, en realidad, protagonistas del siniestro viaje, ni que los mismos se confabularan para identificar falsamente al acusado, o que, todos ellos, erraran en la identificación, máxime teniendo en cuenta que ni consta que los testigos se conocieran entre sí, más allá de haber compartido el periplo que les trajo a España, ni hay razón ninguna para vislumbrar siquiera cualquier propósito espurio que pudiera animar sus respectivas declaraciones. Frente a ello, las legítimas explicaciones del acusado son también tomadas en cuenta por ambos Tribunales, el de primera instancia y el de apelación, aunque en ambos casos para explicar que las mismas no pueden sobreponerse a la consistente prueba de cargo practicada, máxime cuando aquéllas carecen del más mínimo soporte que pudiera justificarlas al menos en términos de probabilidad atendible (ni un solo testigo ha depuesto en el juicio, confirmando la presencia del acusado en España con carácter previo a la llegada de

la patera). Finalmente, y aun admitiendo que las fotografías a las que el recurrente se refiere pudieran haber sido tomadas en la fecha que señala, poco después de la llegada a nuestras costas de la patera, es claro que la inexistencia de quemaduras en la superficie de la piel en modo alguno excluye la participación del acusado en el viaje, tan rotunda y uniformemente asegurada por los seis testigos que, durante varias jornadas, compartieron con él la travesía.

El motivo se desestima.

#### **CUARTO.-**

Corresponde imponer las costas al recurrente, de conformidad con las previsiones contenidas en el [artículo 901](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#).

#### **F A L L O**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), esta sala ha decidido

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fausto, contra la [sentencia \(PROV 2021, 324186\)](#) dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, [número 54/2021, de 15 de junio \(PROV 2021, 324186\)](#), por la que se desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la que pronunció la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª) [número 245/2020, de 30 de octubre \(ARP 2020, 1655\)](#).

2.- Imponer las costas a la parte recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes, póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia y de la Audiencia Provincial de los que proceden las actuaciones, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.