



Roj: **STS 4742/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4742**

Id Cendoj: **28079120012014100756**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **31/10/2014**

Nº de Recurso: **10425/2014**

Nº de Resolución: **731/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP T 659/2014,**  
**STS 4742/2014**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil catorce.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 10425/2014, interpuesto por las representaciones procesales de **D. Alberto , D. Bruno y D. Emilio** , contra la sentencia dictada el 25 de Marzo de 2014 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el Rollo de Sala Nº 23/2012 , correspondiente al Procedimiento Sumario nº 2/2012 del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Tarragona que condenó a los recurrentes, como autores responsables de un **delito de robo de uso de vehículo, delito de robo con violencia, delito de homicidio y delito de tenencia ilícita de armas** , habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes D. Alberto , D. Bruno y D. Emilio , representados por la Procuradora D<sup>a</sup> Loreto Outeriño Lago, en representación de D. Alberto , el Procurador D. José Carlos Romero García, en representación de D. Bruno y el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro en representación de D. Emilio ; y como acusación particular D. Jorge , padre del fallecido D. Adrian , representado por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Tarragona, incoó Procedimiento Sumario con el nº 2/2012 en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 25 de Marzo de 2012 , que contenía el siguiente **Fallo**: "Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Emilio como autor penalmente responsable de un delito de robo de uso de vehículo, previsto y penado en el art. 244.1 y 3 del Código Penal , a la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Emilio como autor responsable de un delito de robo con violencia, con uso de armas, previsto y penado en el art. 242.1 y 3 del Código Penal , concurriendo la agravante de disfraz prevista en el artículo 22.2<sup>a</sup> del Código Penal , a la pena de 4 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Emilio como autor responsable de un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2<sup>a</sup> del Código Penal , a la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Emilio como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas previsto en el art. 563 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista



en el art. 22.2ª del Código Penal , a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Bruno como autor penalmente responsable de un delito de robo de uso de vehículo, previsto y penado en el art. 244.1 y 3 del Código Penal , a la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Bruno como autor responsable de un delito de robo con violencia, con uso de armas, previsto y penado en el art. 242.1 y 3 del Código Penal , concurriendo la agravante de disfraz prevista en el artículo 22.2ª del Código Penal , a la pena de 4 años y 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Bruno como autor responsable de un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2ª del Código Penal , a la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Bruno como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas previsto en el art. 563 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2ª del Código Penal , a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alberto como autor penalmente responsable de un delito de robo de uso de vehículo, previsto y penado en el art. 244.1 y 3 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8ª del Código Penal , a la pena de 3 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alberto como autor responsable de un delito de robo con violencia, con uso de armas, previsto y penado en el art. 242.1 y 3 del Código Penal , concurriendo la agravante de disfraz prevista en el artículo 22.2ª del Código Penal y la circunstancia agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8ª del Código Penal , a la pena de 5 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alberto como autor responsable de un delito de homicidio previsto y penado en el art. 138 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2ª del Código Penal , a la pena de 15 años de prisión e inhabilitación absoluta.

Debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Alberto como autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas previsto en el art. 563 del Código Penal , concurriendo la circunstancia agravante de disfraz prevista en el art. 22.2ª del Código Penal , a la pena de 2 años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

*Debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Luis Andrés de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.*

*Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Emilio , Bruno y Alberto , como responsables civiles directos, a indemnizar conjunta y solidariamente a la empresa DISCODA FÁCIL CAR, S.L. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia relativa al dinero sustraído y a indemnizar conjunta y solidariamente a Virgilio y a Victoria , padres de Adrian , en la cantidad de 180.000 euros, cantidades todas ellas que devengarán el interés legal del dinero previsto en el art. 576 LEC .*

*CONDENAMOS a Emilio , Bruno y Alberto a satisfacer, cada uno de ellos, 1/4 parte de las costas procesales, incluidas las costas de la acusación particular.*

*Se declaran de oficio 1/4 parte restante.*

Se abonará al cumplimiento de la pena impuesta en esta sentencia el período de privación de libertad sufrido en la presente causa por los acusados Emilio y Alberto .

*Notifíquese a las partes con expresión del derecho de las mismas a interponer recurso de casación en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación practicada de esta sentencia. "*

**2.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : "Se declara probado que el día 20 de Julio de 2002, entre las 15 y las 20 horas, los acusados Emilio , Bruno y Alberto , este último ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha 26.9.2001, como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas, cometido el día 31 de Enero de 2000, a la pena de tres meses de privación de libertad en concepto de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, suspendida en fecha 7.2.2002 por un período de dos años, actuando de común acuerdo y con la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito,



se apoderaron del vehículo Opel Astra, con placa de matrícula .... PKC , que su propietario Efrain , había dejado estacionado, perfectamente cerrado, en las proximidades de la Playa del Garraf. Los acusados forzaron la cerradura del portón trasero y, tras apoderarse de un juego de llaves del vehículo que se encontraba en su interior, pusieron el vehículo en marcha y se lo llevaron del lugar.

En fechas anteriores al día 20 de Julio de 2002 los acusados Emilio , Alberto y Bruno se trasladaron a la ciudad de Tarragona donde se entrevistaron con una persona que no ha sido identificada que les facilitó información sobre la empresa DISCODA FÁCIL CAR, S.L., relativa al lugar donde se encontraba depositado el dinero y el día y la hora en la que la recaudación era más elevada, conviniendo entre ellos la sustracción del dinero, la intervención de tres o cuatro personas para llevarla a cabo y su ejecución en la franja horaria en la que la empresa tendría depositada en sus instalaciones una mayor recaudación comprendida entre las 19 y las 20 horas .

El día 25 de Julio de 2002 alrededor de las 19 horas, al menos tres personas, siendo estas personas los acusados Emilio , Bruno y Alberto , actuando de común acuerdo y con la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito, decidieron ejecutar el plan previamente convenido entre ellos dirigido a apoderarse del dinero procedente de la recaudación que se encontrara depositado en la empresa DISCODA FÁCIL CAR, S.L. y para ello se dirigieron a la citada empresa sita en el Polígono Industrial de Entrevías, Avenida A, Nave 6 de Tarragona en el interior del vehículo Opel Astra, matrícula .... PKC , del que se habían apoderado previamente, cubriendo su rostro con un pasamontañas y portando consigo una escopeta de cañones recortados, un revólver y 12 cartuchos del calibre 12-70 (12 caza), munición correspondiente a la escopeta de cañones recortados.

Una vez en el interior del recinto que servía de emplazamiento a la nave, descendieron del vehículo dos de los acusados, empuñando uno el revólver y el otro la escopeta, mientras el tercero introducía el vehículo en el interior del almacén encarado hacia el exterior en disposición de salida, próximo a la puerta de la nave. Seguidamente, los dos acusados que habían descendido del vehículo se dirigieron hacia Rogelio y el que portaba el revólver, le sujetó y, tras colocarle el arma (revólver) en la cabeza, le obligó a dirigirse junto a ellos a la zona de oficinas, separada del almacén por un cerramiento de cristal desde el que se avistaba la zona destinada al almacenaje de mercancías. Una vez en el interior de las oficinas, los acusados obligaron a los trabajadores a tirarse al suelo mientras se apoderaban del dinero en efectivo, manifestándoles que les matarían si se levantaban.

Con el dinero en su poder y antes de que los acusados se subieran al interior del vehículo, Adrian , trabajador de la empresa DISCODA FÁCIL CAR, S.L., se abalanzó sobre uno de los acusados, cayendo ambos al suelo. Durante el forcejeo Adrian logró despojarle del pasamontañas que portaba, tirándolo al suelo, resultando ser Alberto . Acto seguido el acusado que portaba la escopeta de cañones recortados, sin mediar palabra, se aproximó al lugar en el que se encontraban Adrian y disparó el arma sobre la cabeza de Adrian a una distancia de entre un metro y metro y medio o inferior lo que motivó que Adrian falleciera aproximadamente a las 19:30 horas de ese mismo día como consecuencia de una parada cardiorespiratoria provocada por un traumatismo craneoencefálico con destrucción de centros vitales por disparo de arma de fuego.

Como consecuencia de estos hechos el cuerpo sin vida de Adrian presentaba una excoriación reciente de 3x2 centímetros en región patelar y otra de menor tamaño en región subpatelar de rodilla derecha, una herida de 0,5 centímetros de longitud con pérdida de epidermis en región dorsal de 2º dedo de la mano derecha, múltiples y pequeñas heridas contusas distribuidas por toda la cara superior del hombro derecho y cara anterior principalmente del brazo derecho en dirección descendente respecto de esta última zona en la que, tras sección de algunas de ellas, se objetiva la presencia de perdigones, una herida contusa redondeada de 2x1,5 centímetros situada en región malar derecha a través de la cual se visualiza la cavidad craneal y masa encefálica y una dislaceración facial cutánea con múltiples fracturas por estallido en la práctica totalidad de región craneal y facial con predominio derecho, con salida y destrucción de masa encefálica.

Inmediatamente después los acusados huyeron del lugar en el interior del vehículo Opel Astra matrícula .... PKC con el que habían llegado a la empresa, abandonándolo posteriormente en otro punto distinto del polígono donde fue hallado el mismo día por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. El valor del vehículo supera la cantidad de 11.000 euros.

Tras la huida los acusados arrojaron la escopeta de cañones recortados, el revólver y los 12 cartuchos, depositados en el interior de una mochila de la marca Kipling, a un arcén de la autopista AP-7.

El revólver utilizado por los acusados para cometer los hechos es un revólver de la marca L.W.G, modelo KURIER de doble y simple acción, con cañón de 2", con número de serie NUM000 , dotado de tambor oscilante con cinco recámaras para cartuchos de 9x17 mm detonador/gas irritante, fabricado en Alemania por Enser Sportwffen, con acabado de cromo blanco satinado con cachas de material de plástico negro y con formato que imita a un modelo del 38 Especial de la firma norteamericana RUGER, en perfecto estado de funcionamiento y clasificado como arma prohibida.



La escopeta de cañones yuxtapuestos (recortados) utilizada por los acusados es una escopeta de la marca I. Ugartechea, con número de serie NUM001 , recamarada para cartuchos del 12-70 (12 caza), fabricada por Claudio en Eibar que se encontraba en perfecto estado de funcionamiento y originariamente era un arma de fuego larga de 47,5 centímetros de ánima lisa de la 3ª.2. Categoría que precisa para su posesión, tenencia y uso de licencia de armas tipo E y la correspondiente guía de pertenencia, a la que le han sido seccionados parte de la culata y parte de los cañones lo que supone una alteración sustancial de las características de fabricación.

Los doce cartuchos semimetálicos presentan un cuerpo de plástico rojo con las inscripciones "anagrama AM ARMUSA 2 32 grs. (6) -70-" y troquelado en la base de su culote "12 ARMUSA 12 ARMUSA, corresponden por su formato, dimensiones e interpretación del troquelado de su culote, al calibre 12-70 (12 caza), munición que se encuentra en perfecto estado de funcionamiento y resulta ser la correspondiente a la escopeta de cañones recortados, cuyas características resultan plenamente coincidentes con las del taco y los perdigones que fueron extraídos del cadáver.

Adrian estaba soltero y tenía 32 años en el momento de su muerte y le han sobrevivido su padre Jorge y su madre Victoria .

El acusado Emilio se halla en situación de prisión provisional por estos hechos desde el día 7 de Marzo de 2011 y el acusado Alberto desde el día 27 de Febrero de 2012."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados D. Alberto , D. Bruno y D. Emilio , anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de 24 de Abril de 2014, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en, 4 de Junio de 2014, el Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en representación de D. Emilio , el 6 de Junio de 2014, la Procuradora Dña. Loreto Outeiriño Lago, en representación de D. Alberto , y el 26 de Junio de 2014, el Procurador D. José Carlos Romero García, en representación de D. Bruno , interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos**:

(1) D. Emilio

**Primero** .- Por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** del art 24.1 CE . al amparo del art 5.º 4 LOPJ y 852 LECr .

**Segundo** .- Por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** del art 24.1 CE . al amparo del art 5.º 4 LOPJ y 852 LECr .

**Tercero** .- Por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE . al amparo del art 5.º 4 LOPJ y 852 LECr .

**Cuarto** .- Al amparo del art 849.1º LECr , por **infracción de ley** e inaplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas** del art 21.6ª CP .

(2) D. Alberto

**Primero**.- Por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 138 CP ., delito de **homicidio**.

**Segundo** .- Al amparo del nº 1 del art 850 LECr por **quebrantamiento de forma**, por inadmisión de prueba .

**Tercero** .- Por infracción de ley y de **precepto constitucional** , al amparo del art 849.1 LECr , art. 5 nº 4 LOPJ , y 852 LECr . y 24.1 y 2 CE , por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva** , a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Cuarto** .- Por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 138 , 244 , 242 , y 563 CP , delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia con uso de armas y tenencia ilícita de armas**.

**Quinto**.- Por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 138 CP ., delito de homicidio; del art. 244 CP , delito de **robo de uso** de vehículo ; del art 242 CP , delito de **robo** con violencia con uso de armas; del art 563 CP , delito de tenencia ilícita de armas.

**Sexto**.- Por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 244 CP ; y de **precepto constitucional** , al amparo del art 849.1 LECr , art. 5.º 4 LOPJ , y 852 LECr . y 24.1 y 2 CE , por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva** , a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**; todo ello en relación con el delito de **robo de uso de vehículo**.



**Séptimo.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Octavo.-** Por **quebrantamiento de forma**, al amparo del nº 1 del art 850 LECr, por inadmisión de prueba.

**Noveno.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., 244, 242 y 563 CP delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Décimo.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., 244, 242 y 563 CP delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Undécimo.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., 244, 242 y 563 CP delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Décimosegundo.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 563 CP, delito de **tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

**Decimotercero.-** Por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5.º nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**, en relación con la prueba indiciaria.

(3) D. Bruno

**Primero.-** Por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE. al amparo del art 5.º nº 4 LOPJ y 852 LECr.

**Segundo.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art. 77 CP, en relación con el art. 244.1 y 3 y 242 CP.

**Tercero.-** Por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art.28 del CP en relación con el art 138 CP.

5.- El Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 11 de Julio de 2014, y el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández en nombre del acusador particular D. Jorge, por medio de escrito fechado el 9 de Julio de 2014, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos que, subsidiariamente, impugnarón.

6.- Por providencia de 30 de Septiembre de 2014 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para **VISTA**, el pasado día **28 de Octubre de 2014**, en cuya fecha se celebró, y a cuyo término la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

(1) RECURSO DE D. Emilio

**PRIMERO.-** El primero de los motivos se formula por **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del Derecho a la **tutela judicial efectiva** del art 24.1 CE., al amparo del art 5.º nº 4 LOPJ y 852 LECr.

1. Se sostiene que se ha conculcado en la sentencia el principio **acusatorio**, porque el Ministerio Fiscal, coincidiendo con él la Acusación particular, señaló que entraron en la empresa Alberto y Bruno y un tercero no identificado, y situaron al ahora recurrente como la cuarta persona que esperaba fuera del polígono con otro vehículo para emprender la huida. Por el contrario, el tribunal *a quo* declara probado que el día 25 de julio de 2002, alrededor de las 19 horas, al menos tres personas, siendo estos los acusados Emilio, Bruno y Alberto



, y una vez en el interior del recinto, dos de los acusados descendieron del vehículo mientras que el tercero introducía el vehículo en el interior del almacén en disposición de salida. Ello produce al recurrente indefensión que no puede ser reparada, por lo que procede, con la casación de la sentencia, su absolución.

2. Como nos recuerda la STS 29-6-2001, nº 1282/2001, el *derecho a la tutela judicial efectiva* se satisface básicamente mediante la facilitación del acceso al proceso o al recurso de las partes y por la expresión de una motivación pertinente y suficiente en las resoluciones que dicten los tribunales.

El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional, permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles.

Por otra parte, como recuerdan las SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, la *indefensión* constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas).

El contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE. la indefensión debida a la pasividad, de interés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas SSTC. 109/2002 de 6 de mayo, 141/2005 de 6 de junio 160/2009 de 29 de junio).

Asimismo «para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado» (SSTC 185/2003, de 27 de octubre; 164/2005 de 20 de junio).

Además, como recuerda la STS 940/2012, de 24 de noviembre (igualmente la STS de 3-4-2013, nº 263/2013), el principio acusatorio impide la condena sin una acusación previa de la que la parte acusada haya podido defenderse, sostenida por alguien distinto del Tribunal responsable del enjuiciamiento. Esta Sala ha señalado, entre otras, en STS núm. 1954/2002, de 29 de enero, que "... el contenido propio del principio acusatorio consiste en que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él acusación por una parte acusadora ajena al órgano enjuiciador, en tales términos que haya tenido *oportunidad de defenderse* de manera contradictoria, estando obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los *términos del debate*, tal y como han quedado formulados por la acusación y la defensa, lo que significa que ha de existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria".

Esta correlación se manifiesta en la *vinculación del Tribunal* a algunos aspectos de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración



de la prueba practicada; y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación.

3. Bajo estos parámetros jurisprudenciales el recurrente tiene razón. En la conclusión primera de las provisionales del Ministerio Fiscal (fº 126 del rollo de sala) se hizo constar que: "... En ejecución de este plan los acusados Luis Andrés , Alberto Y Bruno , **acudieron a la empresa DISCODA FC FACIL CAR SL, sita en el polígono industrial de Entrevías, avenida A, nave 6, de Tarragona, con el vehículo Opel Astra con matrícula ... PKC , previamente sustraído y con la cara tapada mediante pasamontañas, mientras el cuarto acusado, Emilio les esperaba en otro punto del polígono industrial con otro vehículo con el que efectuarían la huída.... Una vez que se habían apoderado del dinero... Luis Andrés , Alberto Y Bruno se fueron en el vehículo en el que habían llegado, abandonándolo posteriormente en otro punto del mismo polígono industrial, donde se montaron en el vehículo en el que les estaban esperando Emilio , huyendo definitivamente del lugar.."**

El Ministerio Fiscal, en fase de conclusiones definitivas presentó por escrito (fº 646 a 651) las suyas, a las que se adhirió íntegramente la representación del Acusador particular , (fº 652) y, tal como confirma el visionado de la grabación en DVD de la vista del juicio oral (Vídeo 31, 7?30"; y 8?48", respectivamente), esencialmente con la misma redacción fáctica, pero sustituyendo la intervención de Luis Andrés , - para quien se retiró la acusación-, por la de **una tercera persona no identificada** .

4. Ello no obstante, el tribunal a quo declara probado que: "... el día 25 de julio de 2002, alrededor de las 19 horas, **al menos tres personas, siendo** estos los acusados Emilio , Bruno y Alberto , actuando de común acuerdo y con la intención de obtener un enriquecimiento patrimonial ilícito, decidieron ejecutar el plan previamente convenido entre ellos, dirigido a apoderarse del dinero... y una vez **en el interior del recinto** que servía de emplazamiento a la nave, descendieron del vehículo **dos** de los acusados, empuñando uno el revolver y otro la escopeta, mientras que el **tercero** introducía el vehículo **en el interior del almacén** encarado hacia el exterior en disposición de salida, próximo a la puerta de la nave... Con el dinero en su poder y antes de que los acusados se subieran al interior del vehículo .. tras el forcejeo... disparo por el que portaba la escopeta de cañones recortados y fallecimiento a consecuencia **ncia** del mismo del empleado Adrian .. **inmediatamente después, los acusados huyeron en el interior del vehículo Opel Astra...en el que habían llegado a la empresa, abandonándolo posteriormente en otro lugar distinto del polígono...**"

Es evidente que, ubicando al acusado ahora recurrente, no estacionado en el interior de otro automóvil en un lugar del polígono industrial presumiblemente alejado del almacén donde ocurrieron los hechos, sino en el interior del almacén asaltado, pudiendo contemplar cuanto allí se produjera, hay una alteración importante de los términos del debate, con olvido de la necesaria correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia condenatoria, cambiándose los hechos imputados tan sorpresiva como esencialmente, alterando el tribunal de instancia **los hechos** que constituyen el objeto del debate con respecto a la intervención del acusado Sr. Fructuoso , al que se privó de la posibilidad de defenderse de la nueva imputación que se le realizó.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado.

**SEGUNDO.**- El tercer motivo, que ahora trataremos por razones sistemáticas, se basa en **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE . al amparo del art 5.nº 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Se sostiene que la prueba indiciaria, en que se basa el tribunal de instancia para condenar al recurrente como autor de los delitos de robo con violencia, tenencia ilícita de armas y homicidio, no es susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia. Y ello porque consiste en su declaración, obrante a folios 1608 y ss, y en el juicio oral, donde no reconoció los hechos; en conversaciones telefónicas tenidas con familiares, obrantes a fº 1290-1295, carentes de todo interés; y huellas dactilares en el vehículo, que no consta fueran insertadas el mismo día del robo ,pudiendo deberse a la operación de limpieza, o antes del robo cuando participó en la sustracción del vehículo. Y en cambio no se ha tenido en cuenta la **prueba** que le favorece , por ejemplo la testifical respecto a su pequeña constitución física: Rogelio , Torcuato , Ángel Daniel , Sergio , Basilio , y Evelio , Juan , Purificación ; la ausencia de huellas en las armas utilizadas; la no identificación con la fotografía del fº 601, el resultado negativo del análisis de restos biológicos, fº 1479 y ss.

2. Como tantas veces ha dicho esta Sala, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen ( STS 12-2-92 ); o como ha declarado el TC(S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales".De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador ( STS 21-6-98 ),conforme al art. 741 de la LECr ,no correspondiendo



al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia ( STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03 , de 10 de febrero ). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr , implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.

La alegación de esta vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el *poder probatorio o demostrativo de la prueba existente* y válida, o a cuestionar la *racionalidad del proceso valorativo* efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación:

- En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él.

- En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica.

-Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica y del criterio humano y no es, por lo tanto, irracional, manifiestamente errónea o arbitraria ( STS 3/10/2005 ).

Ello, sin embargo, no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada.

Cuando se trata de pruebas *personales* , su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que merecen quienes declaran ante el Tribunal corresponde al órgano jurisdiccional de instancia, en virtud de la *inmediación* , sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aporten datos o elementos de hecho no tenidos en cuenta en su momento que puedan poner de relieve una valoración arbitraria. Tiene dicho esta Sala en la STS núm. 951/99, de 14 de junio de 1999, que "...el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es sólo revisable en casación en lo que concierne a su *estructura racional* , es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la *percepción directa* de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTs 22-91992 y 30-3-1993 ; 2-10-2003, nº 1266/2003 ).

**3.** Por otra parte, tanto el TC. (S<sup>a</sup> 174/85 , 175/85 , 160/88 , 229/88 , 111/90 , 348/93 , 62/94 , 78/94 , 244/94 , 182/95 ) como esta misma Sala, han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba *indiciaria* , si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito.

En definitiva, como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 24/1997 y 68/98 , la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados y los hechos constitutivos de delito deben deducirse de esos indicios (hechos completamente probados) a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria.

También ha declarado esta Sala en numerosas ocasiones (Cfr STS 22-2-2012, nº 90/2012 ), que la prueba indiciaria o de indicios tiene la misma eficacia incriminatoria que la prueba de cargo directa a efectos de enervar el derecho a la presunción de inocencia, si bien, cuando de la prueba circunstancial se trata, el Tribunal debe *explicitar* en la sentencia el *proceso intelectual* de su convicción, razonando cómo a partir de los datos indiciarios se llega al hecho consecuencia o juicio de inferencia que, en todo caso, debe *excluir toda duda* racional de una conclusión diferente *que favorezca al acusado* . Y que la prueba de cargo indiciaria y la *ausencia de otras alternativas racionales* a la conclusión obtenida por el juzgador, enervan la presunción de inocencia.





También esta Sala ha dicho (Cfr STS 2-2-2012, nº 72/2012 ) que a partir de la confrontación dialéctica que toda controversia jurisdiccional conlleva, la actividad probatoria, en éste y en cualquier otro caso, se encamina precisamente a proporcionar al Tribunal un elemento de verificación y control acerca de cuál de las hipótesis ofrecidas puede ser asumida como versión verdadera del hecho.

Y que la prueba, además de esa función de verificación, se presenta también como un elemento de elección. El Tribunal ha escoger, entre todas las hipótesis ofrecidas, aquella que es más aceptable, que puede presentarse como descripción verdadera de los hechos acaecidos. En definitiva, esta selección de una entre las distintas hipótesis ofrecidas a la consideración del Tribunal implica como presupuesto el desarrollo de toda una actividad probatoria que habrá ofrecido respecto de cada una de esas alternativas hipotéticas, elementos de verificación o elementos de exclusión. Dicho esto, conforme a un modelo racional de valoración probatoria, la lógica de la selección o, lo que es lo mismo, la determinación racional de la hipótesis más aceptable, forma parte de las exigencias de un sistema valorativo acomodado a las exigencias del canon constitucional impuesto por el art. 24.1 de la CE .

Desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, es claro que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

De nuevo conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida con ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la *hipótesis contraria* . La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen *grados débiles o insuficientes* de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante (cfr. SSTS 28/2011, 26 de enero ; 151/2010, 22 de febrero ; 314/2010, 7 de abril y 548/2009, 1 de junio ).

Como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia -decíamos en las SSTS 850/2009, 28 de julio y 242/2009, 12 de marzo -, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolucón, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Si bien se mira, el proceso penal -nos sigue diciendo la STS 2-2-2012, nº 72/2012 - no es sino una estructura en la que se inserta una actividad dinámica cuyo principal objeto es generar, atendiendo siempre a los principios que legitiman la actividad jurisdiccional, conocimientos útiles para la solución del conflicto social que constituye su objeto. Y esos conocimientos los ofrece el resultado de la actividad probatoria desplegada por las partes. A través de ella se llega a proclamar una verdad que, por definición, no es una verdad científica, sino una *verdad histórica* de la que, por su propia naturaleza, siempre será posible ofrecer una verdad alternativa, hasta el punto de que se ha llegado a decir que el concepto de verdad procesal no es otra cosa que una suerte de acotación cuantitativa de las probabilidades contrarias. Dicho con otras palabras, la verdad que ofrece el proceso penal se alcanza cuando las *probabilidades de que lo contrario* sea también cierto han quedado *reducidas* a un límite tan reducidamente estrecho como para que convencionalmente se acepte como verdad.



Proclamado este concepto de verdad procesal, es evidente que la incontrovertida concurrencia de los principios constitucionales que definen el derecho a un proceso justo, actúa como la garantía más segura para constatar que esa verdad ha aflorado de modo fiable y, por tanto, en las condiciones precisas para ser proclamada como cierta. Así lo exige un sistema acusatorio como el nuestro, en el que el desenlace probatorio no es sino el resultado de una actividad dialéctica en la que las distintas hipótesis enfrentadas tienen todas las posibilidades de alegación y prueba necesarias para su confirmación.

Hemos dicho en otros precedentes (Cfr. SSTS 593/2009, 8 de junio y 527/2009, 27 de mayo ) que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

4. El tribunal de instancia explica en su fundamento de derecho segundo,(fº 51 y ss) que la prueba de la participación del acusado, ahora recurrente, la obtuvo de la indirecta o *indiciaria*. Y que comienza por la declaración prestada por el coimputado Emilio no exenta de vicisitudes si se tiene en cuenta el carácter incriminatorio de la declaración prestada en sede sumarial, obrante en los folios 1608 y ss, en contraposición con la subsiguiente retractación efectuada en primera instancia en sede sumarial (F. 2220) y, posteriormente, mantenida en el acto de juicio oral, contradicciones convenientemente introducidas en el plenario de acuerdo con las exigencias del art. 714 LECRim .

Después los juzgadores *a quibus* recogen copiosa doctrina de esta Sala y del TC sobre corroboración de las declaraciones de coimputados, haciendo referencia al respecto a las conversaciones telefónicas debidamente acordadas por el Instructor respecto de los acusados Emilio y Bruno , reproducidas en el juicio, y habidas con su madre: "... *a mí no me cuesta nada decir lo que tengo que decir...*". Respecto a conversación con su sobrino Pedro Miguel el 19 de mayo puede que la tuviera " *dicen que tienen una huella mía. Vinieron por el asesinato que pasó hace 10 años* "...

Con su hermano Arcadio el 4-4-11, oída en el plenario... " *estoy aquí por ellos... son los que tienen que hacerlo todo*"

Con su hermana Dulce , esposa del acusado Bruno "... *cuanto más tiempo esté yo aquí los payos están vigilando a tu marido...porque este caso lleva diez años y esto es un cachondeo sabes ...ella le respondió " si, diez años, si era pequeñito mi Bruno , yo me acuerdo "*

Estas conversaciones telefónicas destaca la Audiencia están distanciadas temporalmente, abril y mayo de 2011, de las declaraciones anteriormente analizadas que obra a los folios 1608 y ss de 16-2-2012, entre las que se aprecian relevantes coincidencias, estableciendo una relación directa entre estos hechos, su privación de libertad y la responsabilidad que a su juicio tienen los coacusados en los mismos, es por lo que deduce la Audiencia que al ver que transcurre el tiempo y los coacusados continúan despreocupándose de él y que es el único que está asumiendo la responsabilidad por estos hechos se decide a prestar declaración de 16-2-2012, al haberle transmitido a su hermana que impulse a su marido actuar, deje de estar pasivo, que lo tienen vigilado y cuanto más tiempo pase peor va a ser para Bruno porque al final lo van a pillar.

De todo lo anterior la Audiencia dedujo que la declaración del acusado fue rica en detalles y concreta los relativos a la ejecución de los hechos, y los ubica temporalmente, pues el establecimiento objeto de la sustracción es de distribución de bebidas y alimentos, es un almacén con zona de oficinas y resto para apilar mercancía, así mismo el director gerente informó del día de la semana y hora en la que hay mayor cantidad de dinero en la caja fuerte y hábitos de la empresa de ingreso en banco al día siguiente. Destacaron los empleados que los asaltantes, 3 menciona el testigo Rogelio , se dirigieron directamente a las oficinas y preguntaron por la caja, hecho que denota conocimiento de las dependencias, hora en la que se produjeron los hechos, y personas que participarían, compatible con la información del acusado del objeto y contenido de la reunión que tuvieron en Tarragona.

5. La sala de instancia indica (fº 87) con indudable acierto, que, centrándose en los concretos hechos que son objeto de acusación, considera probada la participación de Emilio , en la *sustracción del vehículo Opel Astra* , matrícula .... PKC , acaecida el día 20-7-2002, "viniendo acreditada a partir del reconocimiento explícito que el propio acusado ha venido sosteniendo respecto de la realización de esta conducta".



Y, en efecto, ello es lo que resulta de la declaración sumarial del acusado de 16-2-2012 (fº 1608 a 1611) que ha tomado el tribunal de instancia como prevalente y más fiable, aunque reconociendo que en ella niega aquél haber cometido el atraco (Cfr. fº 67).

Lo que ocurre es que la convicción de la Audiencia, respecto de la implicación del acusado en el resto de los delitos, y en especial en el atraco cometido en 25-7-2002, se produce principalmente -según expone- "a partir del resultado de la inspección ocular (fº 73 a 94) y de la pericia dactiloscópica practicada en el acto del juicio oral, sobre la base del informe previo efectuado (fº 1314 a 1319 y 2072 a 2077). Y, resumiendo el proceso llevado a cabo por los peritos en sus informes (fº 90 a 95 de la sentencia), concluye el tribunal provincial que: "especialmente relevante en cuanto a la determinación de la participación de Emilio en el robo con intimidación, resulta el hallazgo de la huella ubicada en la parte interna del asiento del copiloto del citado vehículo, superpuesta al entramado textil detectado por los peritos intervinientes. Este hallazgo permite situar a Emilio en el lugar de los hechos el día 25.7.2002 debido a que, como expusieron los peritos, al estar compuesta la huella dactilar por agua y grasa ello provoca que se degrade rápidamente, de modo que, resulta inverosímil estimar que dicha huella, tomando además en consideración la circunstancia de que la sustracción del vehículo la llevaron a cabo 5 días antes de producirse la sustracción en la empresa y que tuvo lugar en época estival a la que es propia la concurrencia de altas temperaturas, hubiera permanecido inalterada desde esa fecha. Pero es más, existe un elemento fáctico que aporta el resultado de la pericia que permite reforzar tal conclusión y no es otro que el hallazgo de un entramado textil bajo la huella dactilar correspondiente a Emilio .

Hallazgo que resulta compatible con la versión de los hechos manifestada por varios trabajadores de la empresa presentes durante el atraco quienes detallan que los asaltantes llevaban guantes."

No obstante, sobre estas bases, la inferencia que realiza la sala de instancia situando a Emilio en el lugar de los hechos el día 25-7-2002, resulta excesivamente aventurada, por ausencia de certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación, cabiendo otras posibilidades plausibles igualmente; sin que ocurra que, las probabilidades de que lo contrario sea también cierto, hayan quedado reducidas a un límite tan reducidamente estrecho como para que convencionalmente no puedan ser aceptadas como verdad.

La pericial de referencia y basada en el "informe-demostración", obrante a los folios 2072 a 2077, explica la posibilidad de que sobre una superficie como la descrita del automóvil, se haya dejado una impronta de la huella de un guante de lana, y sobre ella una huella dactilar, en este caso del propio acusado. Pero de ahí a deducir que, puesto que, según la descripción testifical, llevando en el atraco los autores guantes (de lana, se supone), el acusado tuvo que imprimir sobre tal soporte su impronta dactiloscópica el mismo día del atraco, y por ello tuvo que estar presente en el mismo, media un trecho difícil de cubrir. El recurrente sostiene que pudo ello deberse a la operación de limpieza del vehículo (lo que no había reconocido, por cierto el acusado), o antes del robo cuando participó en la sustracción del mismo (tal como sí ha aceptado).

La rápida degradación de la huella sobre la que pone énfasis el tribunal de instancia, -permitiéndole situar al acusado ahora recurrente en el lugar de los hechos del día 25-, no permite establecer tal ubicación espacial ni temporal, con el número de probabilidades suficiente para desechar toda duda razonable.

Es más, según las manifestaciones efectuadas (y trabajosamente encontradas en los CD 23 y 24 entre 35 de los grabados, careciendo de todo índice, sobre la celebración de las pruebas, la diligencia de constancia de celebración del juicio oral, obrante al fº 637 del rollo) por los peritos PN NUM002, NUM003 y NUM004, en sesión de 6 de marzo de la Vista del Juicio oral, cabría incluso apreciar una desviación por parte del tribunal de instancia del contenido de las precisiones que los especialistas en dactiloscopia realizaron. Y ello porque, si bien señalaron los peritos, a preguntas del Ministerio Fiscal y de las Defensas, que efectivamente en verano se produce una degradación, y aventuraron la posibilidad de que la impronta de la huella se produjera después del día 20, en que se realizó la sustracción del vehículo, y alguna otra hipótesis de carácter personal no recogida en el *factum* (conducción por el ahora recurrente del vehículo al lugar próximo a los hechos, abandono del mismo y permanencia en el no habido en el que los autores se dieron finalmente a la fuga), dejaron expresamente de indicar lo sustentado por la sala. Antes al contrario, precisaron que no tienen certeza sobre ello, y que no hay procedimiento científico para determinar el momento en que se produjo la impresión de la huella dactilar sobre la previamente dejada impronta de un tejido (posible guante de lana).

Por lo tanto, independientemente de otros elementos probatorios enumerados por el recurrente que favorecen su tesis de ausencia del lugar de los hechos el día en que se llevó a cabo el atraco, como las declaraciones testificales que cita, así como la ausencia de huellas en las armas, la no identificación con la fotografía del automóvil, fº 601, o el resultado negativo del análisis de restos biológicos, fº 1479 y ss, lo cierto es que la prueba indiciaria reseñada por el tribunal de instancia no parece estar dotada de la suficiente entidad, para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado respecto de su participación en el robo con violencia, homicidio y tenencia ilícita de armas que le son imputados.



Y todo ello, sin perjuicio de lo expresado en el motivo anterior.

Consecuentemente, el motivo ha de ser estimado.

**TERCERO.** - El segundo motivo se basa en **infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **tutela judicial efectiva** del art 24.1 CE . al amparo del art 5.º 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Para el caso de que no sean estimados el primero o tercer motivo, señala el recurrente que las Acusaciones pública y particular no solicitaron la apreciación de la agravante de **disfraz** con respecto a él, sino solamente para los acusados Alberto y Bruno , y en relación con los delitos de robo con violencia, tenencia ilícita de armas y homicidio, y a pesar de ello, el tribunal de instancia le apreció dicha agravación genérica en los tres delitos mencionados.

2. La estimación de los dos motivos anteriores priva de contenido práctico al presente, aunque no obstante hay que reconocer la razón de quien recurre, dado el contenido, que ya vimos con relación al primer motivo, de las conclusiones *definitivas* (fº 646 a 651) del Ministerio Fiscal, a las que se *adhirió* íntegramente la representación del *Acusador particular* , (fº 652) y, tal como confirma el visionado de la grabación en DVD de la vista del juicio oral (Vídeo 31, 7?30"; y 8?48", respectivamente).

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado.

**CUARTO.**- El cuarto motivo se ampara en el art 849.1º LECr , por **infracción de ley** e inaplicación de la atenuante de **dilaciones indebidas** del art 2 1. 6ª CP .

1. De modo subsidiario a los motivos primero y tercero, se alega que hubo un retraso injustificado en el enjuiciamiento de los hechos, siendo el recurrente detenido en 5-3-2011, se concluyó la causa en 20-12-2012; habiendo transcurrido un gran lapso de tiempo desde el auto de admisión de prueba en 28-5-2013 , hasta que se celebra la primera sesión del juicio oral en 24 febrero de 2014.

2. Hay que señalar que el tribunal de instancia trató esta cuestión en su fundamento jurídico undécimo, del modo exhaustivo que caracteriza a su sentencia, en su fundamento jurídico undécimo, con razones *plenamente compartibles* . Así precisó que: "...con la finalidad de dar respuesta a la pretensión postulada, debemos manifestar que el presente procedimiento resulta el paradigmático ejemplo de causa extraordinariamente compleja. Baste para ello considerar las manifestaciones realizadas por los investigadores, relativas a la falta de medios técnicos avanzados que impidieron la obtención de resultados, pese a los notables esfuerzos realizados.

Nótese que es a partir del año 2010 cuando se reactiva nuevamente la investigación como consecuencia de la obtención de resultados positivos derivados de la identificación de una huella dactilar revelada durante la inspección ocular que se practicó al vehículo a partir de la incorporación de nuevas tecnologías, en la medida en la que, fueron las técnicas más avanzadas, introducidas en el Sistema de Identificación Dactilar (SAID), las que permitieron tal identificación, obtenida por Unidad de Policía Científica de Tarragona.

Impulso del procedimiento, por otra parte no exento de dificultades notorias, por cuanto que, como relataron los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que intervinieron en la investigación, dicho hallazgo motivó retomar el estudio de la diligencias desde su inicio y de las líneas de investigación abiertas en su día con la finalidad de identificar a los autores de los hechos. Ello no obstante, como se desprende de las actuaciones ha sido precisa la práctica de innumerables diligencias de investigación, todas ellas justificadas e imprescindibles, entre ellas, reiterados análisis de ADN dirigidos a cotejar las muestras dubitadas halladas en el seno de la investigación con las de los sujetos investigados, cuyos resultados positivos también son consecuencia de la incorporación de técnicas más avanzadas en materia de amplificación de ADN al laboratorio de análisis biológicos de la Unidad Central de Policía Científica, a partir de las cuales ha sido posible la identificación de perfiles genéticos que no pudieron ser determinados en fechas anteriores, debido a las limitaciones que los medios disponibles en ese momento presentaban.

En cualquier caso, analizadas las actuaciones, no se advierten períodos de paralización del procedimiento ni demoras injustificadas desde la reanudación del mismo en fase instructora que justifiquen la apreciación de la circunstancia atenuante pretendida, antes al contrario, las diligencias instructoras acordadas, a pesar la notable complejidad concurrente, se han practicado en un período temporal más que razonable como consecuencia del improbable esfuerzo de todos los intervinientes. Así como tampoco se han producido demoras en la fase intermedia ni en la celebración del acto de juicio oral."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

(2) RECURSO DE D. Alberto



**QUINTO.** - El primero de los motivos se configura **por infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., 244, 242. 563 CP, delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia con uso de armas y tenencia ilícita de armas**. Y conforme al art 5.º 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se critica la escasa motivación, y que la sentencia se base en pruebas como: el testimonio acusatorio de un coartado; el hallazgo de un rastro de ADN dentro de un pasamontañas con el perfil genético del recurrente, pero con una *cadena de custodia* rota por su posibilidad de contaminación en el largo periodo de dos años y no fiable por las tachaduras de su acreditación documental, o por el albarán de entrega del paquete, del fº 248, donde consta un número distinto, que el testigo Sr. Jose Pedro dijo ser el de un DNI; y el pasarse por alto vicisitudes que afectan al mismo y apoyan su inocencia: aspecto físico, conocimiento por las víctimas de los atracadores, e intervención de aquél solo en el robo del vehículo.

2. Remitiéndonos a los parámetros jurisprudenciales ya expuestos con relación a los motivos del anterior recurrente, sobre tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, destacaremos que en el presente, esencialmente se cuestiona la regularidad de *la cadena de custodia* del pasamontañas que ha constituido prueba esencial para la condena del recurrente. La sentencia de instancia abordó la cuestión cumplidamente en su fundamento de derecho primero (fº 14 a 40), con referencias incluso a extemporáneas alegaciones efectuadas en el trámite de informe por la defensa del acusado, llegando a la conclusión, a partir de análisis de los documentos que analiza y de las explicaciones ofrecidas por los funcionarios policiales que comparecieron ante el tribunal, que no existió quiebra alguna en la custodia y conservación del vaso y la cucharilla recogidos por la Policía Judicial que permita inferir duda alguna acerca de las deducciones, inferencias o valoraciones extraídas de ellas, antes al contrario la prueba practicada permite tener conocimiento de la custodia y conservación de la muestra desde su recogida hasta su remisión al órgano judicial, quedando cumplida constancia en la documentación aportada de que los efectos enviados y recibidos en cada uno de los actos de envío y recepción son el vaso y la cuchara inicialmente recogidos.

Y realmente, como hemos señalado en sentencias como la STS 1/2014, de 21 de enero, no es suficiente la mera alegación de la posible irregularidad. Así mismo, otras tantas sentencias señalan que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación

El acusado sitúa la quiebra de la cadena de custodia del pasamontañas por el Inspector con nº NUM005 el mismo día de los hechos, 25-7-2002, mientras estuvo custodiado por el mismo en dependencias policiales, sin haber sido etiquetada ni numerada la prueba, sin plenas garantías de conservación, que el Juzgado había identificado como pieza de convicción nº 1/6, y que dicha pieza fue hurtada al juzgado desde los años 2002 a 2006.

La Audiencia, a partir de las declaraciones de los trabajadores de la empresa concluyó que los individuos que irrumpieron en la nave llevaban todos el rostro cubierto por pasamontañas. Siendo dos de ellos los que de forma precisa aportan datos del hallazgo finalmente del pasamontañas en el suelo ( Rogelio y Sr. Rodolfo ) quienes vieron como uno de los trabajadores, Adrian (después muerto por disparo de escopeta) se abalanzó contra el tercero de los atracadores, existiendo un forcejeo entre ambos, hasta que consiguió apoderarse del pasamontañas que portaba el individuo cuyo rostro quedó descubierto, siendo la propia víctima la que tiró el pasamontañas al suelo. Dicha prenda fue apreciada por otros trabajadores antes de que llegaran los servicios sanitarios y la policía próximo al cuerpo de la víctima.

Ese dato se corrobora por el Inspector Jefe del CNP NUM006, por los Policías NUM007, NUM006, NUM008, NUM009, y NUM010, así mismo confirmado por el Inspector Jefe de Policía Científica NUM011 y Policía NUM012 y el reportaje fotográfico que obran en los folios 75 y ss.

El Inspector Jefe NUM006 custodió el cadáver y el pasamontañas desde que llegó al lugar, al ser informado que éste último podía pertenecer a uno de los autores del hecho, impidiendo se tocara hasta la llegada de Policía Científica, siendo recogida por ellos y depositada en poder del Jefe de Policía Científica nº NUM011, como consta al folio 18 y ss de la causa y folio 21 y en el acta de inspección ocular y en el informe aportado en el Rollo de Sala, folios 238 y ss, elaborado por el Inspector Jefe de Policía. Nacional nº NUM003.

Consta que fue recogida del suelo con pinzas, mascarilla y guantes y guardado en un sobre de papel, se trasladó a dependencias policiales, se localizó un pelo, al parecer de cabello, y una vez extraído se mandó a analizar. El pasamontañas permaneció depositado en perfectas condiciones de embalaje, conservación y seguridad en dependencias de la Comisaría provincial de Tarragona. Y como declararon dichos funcionarios el pasamontañas fue remitido desde la Unidad de Policía Científica de Tarragona al Laboratorio de Análítica



Forense de Madrid en soporte debidamente precintado, entregado en el Laboratorio de Biología ADN de la CGPC.

En el plenario los funcionarios NUM013 Don Jose Pedro aportaron el original de la ficha de recepción y cadena de custodia que por fotocopia obraba en los folios 242 y ss del Rollo de Sala pudiendo comprobar el Tribunal la correspondencia con las fotocopias obrantes en la causa, compareciendo en juicio los tres funcionarios que habían cumplimentado los apartados de recepción y comprobación y firma, fichas de registro, asignación y firma, y la recepción y cadena de custodia ( Celso , TIP NUM013 , y funcionario Jose Pedro -). Así consta la empresa remitente ENVIALIA, empresa designada por el estado a través de la cual se realizan los envíos postales desde las dependencias policiales, en este caso desde Tarragona a la Dirección Gral de la Policía, laboratorio de Biología de ADN.

Respecto al análisis de la cadena de custodia del pasamontañas, el informe de los Inspectores mencionados NUM003 , NUM011 y Sr. Moises , se ordenó realizar el análisis de ADN, resultando el pelo hallado de origen animal.

La remisión de Tarragona a Madrid se reflejó en oficio 815/04, recibido en laboratorio de biología de ADN con ficha NUM014 , recepcionado como se dijo por el Sr. Celso con TIP NUM015 y una vez analizado fue remitido con el informe original NUM016 al J.I. nº 2 de Tarragona en fecha 17-5-2005 por el funcionario nº NUM017

Mediante oficio 371/11 se solicitó del J.I. nº 2 de Tarragona un segundo análisis del pasamontañas, identificado, como ya se dijo, como pieza de convicción nº 1/6, siendo recogido por el funcionario NUM004 , constando en el informe la recepción perfectamente embalado en sobre cerrado, remitido al Laboratorio de Biología de ADN de Madrid a través de la empresa de paquetería. Se hace ficha de recepción y cadena de custodia NUM018 , de 31.5.11, siendo Domingo el funcionario que recepciona una caja con sobre blanco en su interior con un pasamontañas de color negro, devuelto en fecha 7-12-11 con informe pericial NUM019 . Se precisó por los funcionarios que lo enviado al Juzgado se corresponde con la muestra que recibieron. Las tachaduras, añadidos y enmiendas en las asignaciones de numeraciones en nada afectan a la muestra recibida, sino reparto de trabajo y aspectos administrativos internos y en nada inciden en la muestra que sigue depositada y preservada, conociéndose durante la tramitación de la causa el órgano que tenía encomendada su custodia constando expresamente acreditado que la pieza que se envía y se recibe en cada uno de los traslados realizados es el pasamontaña negro intervenido por los agentes de la autoridad en el lugar de los hechos.

Por lo expuesto consta que quedó asegurada y documentada la regularidad de la cadena para garantizar la autenticidad e inalterabilidad de la fuente de prueba, respetándose el protocolo en la ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en los laboratorios de destino, figurando, además, el testimonio y firma de todas las personas bajo cuya responsabilidad estuvo el tantas veces referido pasamontañas.

Finalmente, en cuanto a aspectos del alegato referentes al aspecto físico, conocimiento por las víctimas de los atracadores, e intervención solo en el robo del vehículo, debemos remitirnos a lo que mas adelante diremos en relación con los siguientes motivos como el tercero y el cuarto.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

**SEXTO.-** Segundo, al amparo del nº 1 del art 850 LECr por **quebrantamiento de forma**, por inadmisión de prueba .

1. Se alega que se denegó indebidamente por la sala de instancia la incorporación al procedimiento del *libro de piezas de convicción* del Juzgado de Instrucción nº 2 de Tarragona, que se solicitó tras la declaración de los peritos, que realizaron el informe obrante a folios 1500 a 1503 de las actuaciones, en el plenario. Con ello se trataba de demostrar que como pieza 1/06 se registró el 20-3-06, desconociéndose donde estuvo desde el 17 -5-2005, y que el pasamontañas estuvo desde el 25-7-2002 al 20-3-2006 sin pasar por la dependencias del juzgado.

2. Esta Sala ha recordado reiteradamente (SSTS. 64/2004 de 11.2 , 788/2012 de 24.10 , 157/2012 de 7.3 , 629/2011 de 23.6 , 111/2010 de 24.2 ), la relevancia que adquiere el **derecho a la prueba** contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un juicio justo "con proscripción de la indefensión". Así la Constitución entre los derechos que consagra el art. 24 sitúa el derecho a usar los medios de prueba que estimen pertinentes para su defensa, pero también ha señalado que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad. Por ello el reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a la admisión la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" ( art. 659 y 785,1 de la LECr ).



El Tribunal Constitucional ha venido configurando este derecho fundamental en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos resumirlos en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de su derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 dice: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

b) El juicio de pertinencia, límite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicitar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 precisa: "el art. 24.2 CE . permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 recoge "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo".

En igual dirección la STC. 232/98 nos dice: "En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales. Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye: "tema adiuvandi", juicio de oportunidad o adecuación. No obstante tal condición de hallarse relacionada o entrelazada con el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional o inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la *relevancia* del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por último debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone ( SSTS. 9.2.95 , 16.12.96 ) de modo que su omisión le cause indefensión ( SSTS. 8.11.92 y 15.11.94 ) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible ( STS 17.1.91 ), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas



circunstancias ( STS. 21.3.95 ), que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia de esta Sala de 6.6.02 , recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la s. 24.10.2000 que "ya por reiterada doctrina del TEDH . -casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta- se reconoce que *no es un derecho absoluto e incondicionado*. El Tribunal Constitucional tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional ( SSTC.149/87 , 155/88 , 290/93 , 187/96 ).

En tercer lugar la estimación de un motivo por vulneración de un precepto constitucional no supone necesariamente la anulación de la sentencia y el dictado de una nueva absolutoria, sino que la reparación en los casos en que la vulneración sea asimilable al quebrantamiento de forma -como sería en el caso presente- en el art. 850.1 por denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, lo procedente será su anulación y reenvío al tribunal de instancia de la causa para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, esto es practicando la prueba indebidamente denegada, la sustancia y termine con arreglo a derecho.

En este marco y a través de una jurisprudencia reiterada, STS 46/2012, de 1-2 , 746/2010, de 27-7 y 804/2008, de 2-12 , se ha ido perfilando un cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos necesarios para la estimación del motivo casacional previsto en el art. 850.1 LECr . :

a) Las diligencias probatorias han de haber sido solicitadas en tiempo y forma, en los términos exigidos por el art. 656 LECr ., respecto al procedimiento ordinario y por el art. 784 al procedimiento abreviado.

b) Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente". Pertenencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi". Además ha de ser "relevante", lo que debe aplicarse cuando la realización de la prueba, por la relación a los hechos a los que se acuerda la condena o la absolución u otra consecuencia penal, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya inferido en el contenido de ésta.

c) Que la prueba sea además, *necesaria* , es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien le propone, de modo que su omisión le causa indefensión.

d) A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del tribunal, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

e) que sea " *posible* " la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el tribunal debe agotar razonablemente las probabilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) Ante la denegación de prueba es preciso la protesta, que tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación de la prueba, o, en su caso, quien denegó la suspensión por la incomparecencia del testigo, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permitan el replanteamiento de la decisión.

En definitiva, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido *indefensión* , de manera que el motivo exige "demostrar", de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado, debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a "quo" podría haberse sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia. ( SSTs. 104/2002 de 29.1 , 181/2007 de 7.3 , y 421/2007 de 24.5 ).

**3.** No se observa que el tribunal de instancia hubiere incurrido en el vicio procesal que se denuncia. El recurrente insiste una vez más en su cuestionamiento de la regularidad de la cadena de custodia del pasamontañas, tratando de desproverlo de su efecto probatorio. Ya vimos en relación al motivo anterior la exhaustiva explicación dada sobre la cuestión por el tribunal de instancia, después de analizar la documentación y las declaraciones de cuantos testigos y peritos comparecieron ante él. Si desestimó la prueba pedida, se comprende que se hiciera, en primer lugar por su extemporaneidad, no estándose en ninguno de los casos del





art. 729.3 LECr; y en segundo lugar, por su innecesaria dada la inocuidad para el resultado final, y por la ausencia de indefensión para la parte proponente.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**SEPTIMO.-** El tercer motivo se articula por **infracción de ley** y de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5.º 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por aplicación indebida del art 138, 244, 242, 563 CP, delito de homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia con uso de armas y tenencia ilícita de armas, y por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Incidiéndose de nuevo sobre el *pasamontañas*, se dice que, aunque no existieran los graves defectos denunciados sobre su cadena de custodia, tampoco podría usarse dicha prenda como indicio incriminatorio, porque solo acreditaría que el recurrente la habría llevado en algún momento, y que con posterioridad alguien relacionado con el atraco, distinto de él, pues él no participó, lo llevó también. No hay más indicios que corroboren su intervención, sino al contrario los que le exculpan como la descripción física que no encaja con el recurrente, y que la víctima parecía conocer a su agresor.

2. Partiendo de la inmutabilidad de los hechos probados, consta que el acusado junto a los otros dos acusados de común acuerdo y con intención de enriquecimiento patrimonial, el día 20 de julio de 2002 sustrajeron el vehículo Opel Astra, matrícula .... PKC en la playa del Garraf que se hallaba cerrado y bien estacionado. Tras apoderarse, forzando el portón trasero y coger un juego de llaves de su interior, se lo llevaron.

Días antes a esta sustracción los 3 acusados se trasladaron a Tarragona y se entrevistaron con una persona, no identificada, que les facilitó información de una empresa denominada DICODA FÁCIL CAR SL, donde tenía depositado el dinero y el día y hora que la recaudación era más elevada. Se pudieron de acuerdo para apoderarse del dinero, intervendrían 3 o 4 personas y que se llevaría a cabo entre las 19 y 20 horas.

El día 25 de de julio de 2002, los 3 acusados actuando de común acuerdo y ánimo de apoderarse del dinero recaudado, sobre las 19 horas se dirigieron a la citada empresa en el Polígono Industrial Entrevías de Tarragona, cubriendo el rostro con un pasamontañas y portando una escopeta de cañones recortados y un revolver y 12 cartuchos de caza.

Cuando llegaron al lugar se bajaron dos de los acusados, mientras que el tercero introdujo el vehículo en principio citado en el almacén, pero con la parte delantera dirección salida. Uno de los acusados encañonó a uno de los empleados y se dirigieron los dos que portaban las armas a las oficinas de la nave obligando a los empleados a tirarse al suelo mientras recogían el dinero.

A uno de los acusados, se le abalanzó uno de los empleados, Adrian, cayendo ambos al suelo forcejeando hasta lograr despojarle del pasamontañas que llevaba, resultando ser el acusado. Inmediatamente otro de los acusados, el que portaba la escopeta de cañones recortados, salió de las oficinas y se aproximó a Adrian, el empleado, y disparó a escasa distancia sobre su cabeza, falleciendo como consecuencia de las terribles heridas, descritas en el factum. Inmediatamente los acusados huyeron del lugar en el Opel Astra, el cual fue abandonado en las proximidades y hallado posteriormente por la Policía. Las armas fueron halladas en el interior de una mochila en el arcén de la autopista siendo un revolver detonador/gas irritante y una escopeta de cañones recortados, sustancialmente modificada, en perfecto estado de funcionamiento, según la pericial, folios 278 y ss, por los Inspectores NUM020 y NUM021.

3. El recurrente pretende sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal, basada en las declaraciones del coimputado Emilio, corroborada por las explicaciones del Inspector NUM022 que al parecer el acusado y su hermano Bruno, tercer coimputado, aparecieron identificados desde el inicio de las investigaciones, siguiendo con una segunda línea de investigación porque los autores se habían apoderado de un teléfono del vehículo sustraído en Garraf y habían realizado una llamada el mismo día a un tal Baltasar. En las intervenciones detectan a Alberto y Bruno, alias "Corsario". Datos que vinieron a corroborar lo declarado por el anterior recurrente.

Así mismo y antes de ser detenido Emilio, según el Subinspector CNP NUM023, fue captado el contenido de conversaciones entre ambos hermanos del día 2-3-11, en el que el acusado refiere a su hermano que funcionarios de la Policía han acudido al centro penitenciario donde está para tomar a su hermano Adrian, a su primo Luis Andrés y a él huellas dactilares y palmares con la finalidad de cotejar las huellas en la investigación de un atraco, dándole el nº de D.previas del J.I. nº 2 de Tarragona e insistiéndole que se ponga en contacto con su abogado.

Contó la sala con las conversaciones telefónicas entre el recurrente y su hermano Bruno todos esos días, la segunda del día 2-3-11- en el que detalla el acusado a su hermano una serie de aspectos relativos a los



hechos y que trata de atribuir su conocimiento a través de terceros así como la del día 10-3-11, folios 1627 y ss de la causa (en esos momentos ninguno estaba imputado) autorizadas por auto de fecha 16-2-2011, a través del móvil de Bruno nº NUM024 .

Se cuenta con el contenido de las conversaciones, uso del coche, robo en Tarragona, huellas, preguntas por el otro acusado al que llaman " Luis Pedro ", ambos son perfectamente conocedores , la preocupación del acusado que hace ver a su hermano Bruno .

La Audiencia pondera de manera relevante la conversación de 10-3-11, en la que ambos se transmiten lo hablado con su abogado, ..."que no nos preocupemos, que de esto hace muchos años, y a Bruno que no se escondiera."

El tribunal valora estos datos con independencia de las declaraciones del otro coimputado, ya que se sustenta por el resultado de la pericial de las muestras de ADN obtenida del pasamontañas, practicada por los peritos de Laboratorio de la Unidad Central de Análisis Científicos de la CGP Científica.

Se hicieron dos estudios e informes el primero NUM016 , tras suceder los hechos no dando resultado positivo, y posteriormente y en la segunda fase de la investigación, con técnicas más evolucionadas se realizó un nuevo análisis, el informe NUM018 de 15 de noviembre de 2011, por los peritos NUM025 y NUM026 , por las zonas de contacto que se especifica en los informes en la que se llega a determinar que en la extracción del ADN nuclear humano, el haplotipo obtenido en el estudio del Cromosoma Y en el pasamontañas coincide con el haplotipo obtenido en la muestra de Bruno , circunstancia que no se puede descartar que ambos puedan tener una relación vía paterna.

A raíz de este resultado los peritos NUM025 y el perito NUM027 realizaron un nuevo análisis reflejado en el informe NUM028 , folios 1586 y ss en el que el objeto de estudio eran dos turundas de un frotis bucal del acusado y otras 2 turundas del frotis bucal de su hermano Adrian obtenidas por los médicos forenses de Tarragona. Finalmente se logró extraer ADN y en el informe NUM018 , se concluyó que el perfil genético obtenido de la muestra indubitada Alberto coincide con el perfil genético obtenido en el pasamontañas.

Y, aún cuando el perito Sr. Teofilo extrajo así mismo que en la zona de boca y labios del pasamontañas era coincidente con el perfil genético de Alberto , la Audiencia consideró que el objeto de pericia realizado por los funcionarios de la Unidad Central de Policía Científica, método científico utilizado respecto de cada uno de los productos en las distintas superficies analizadas, ensayos y procedimientos de ensayo que constan reflejados en sus informes se hallan homologados por el certificado ENAC, y las conclusiones alcanzadas resultan ser más rigurosas que la practicada por el perito Teofilo , cuya metodología no consta homologada cuya especialización en el laboratorio que desempeña sus funciones cuenta con una homologación de lo métodos de ensayo delimitada a la toma de muestras mediante hisopo bucal a la identificación de ADN en materia de filiación.

Además de todo lo anteriormente expuesto, y la declaración en el plenario de los empleados de la empresa que vivieron y vieron los hechos es de destacar la declaración de Rogelio , al que pusieron un arma en la cabeza cuando los acusados se bajaron del coche en la puerta de la nave y le condujeron hasta las oficinas, quien declaró de forma firme y precisa los hechos que habían sucedido 10 años atrás: que los 3 llevaban pasamontañas y guantes negros, entraron en la oficina, obligaron a tirarse a todos al suelo, la puerta de la oficina quedó cerrada, oyó a Adrian y golpes, se puso de pie y pudo ver que Adrian se estaba peleando con uno de los atracadores, oyó decirle "yo te conozco", discutían, solo veía la cabeza de Adrian porque el coche le impedía la visión . En el forcejeo Adrian consiguió sustraerle el pasamontañas que se quedó con él en la mano y lo tiró cerca. Seguidamente salió de la oficina el individuo que tenía la escopeta se colocó al lado de Adrian , muy cerca, y sin mediar palabra disparó. A continuación se subieron al coche .

Este testimonio fue corroborado varios trabajadores más especificados en la fundamentación.

Por último la Audiencia estima que la prueba plenaria aún cuando permite concluir de forma fehaciente la participación de los acusados en los hechos no permite individualizar la concreta conducta de cada uno de los acusados, aunque el acuerdo previo les implica a todos en el resultado producido.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**OCTAVO** . -El cuarto motivo se articula **por infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 138 , 244 , 242 . 563 CP , delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia con uso de armas, y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva** , a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.



1. Se pone ahora el énfasis en que las descripciones dadas por los testigos directos respecto a los agresores, su complexión física, altos y corpulentos, su acento y su posición en el momento de los hechos, no encajan con la del recurrente que mide menos de 1,65, delgado y pequeño.

2. Se alega pues la falta de prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Debemos remitirnos a cuantos presupuestos doctrinales y jurisprudenciales hemos expuesto con relación a motivos similares del anterior recurrente y del actual, y a lo expresado con referencia al motivo anterior, haciendo hincapié únicamente en que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la *percepción directa* de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTs 22-9-1992 y 30-3-1993; 2-10-2003, nº 1266/2003).

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

**NOVENO.-** El quinto motivo se formula **por infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP, delito de **homicidio**; del art. 244 CP, delito de **robo de uso** de vehículo; del art 242 CP, delito de **robo** con violencia con uso de armas; del art 563 CP, delito de tenencia ilícita de armas. Y por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se precisa que tampoco ha sido debidamente tenida en consideración la *declaración del coencartado* Emilio, dadas sus contradicciones, quedándose el tribunal con su primera declaración y prescindiendo de las posteriores donde explica que inculpó a su cuñado por motivos espurios, por estar enfadado con él, por haberle dejado tirado en la cárcel y no prestarle dinero para pagar un abogado. Por ello no sirve para desvirtuar la presunción de inocencia.

2. El recurrente en este motivo cuestiona las declaraciones del anterior recurrente sin atender a las contradicciones y retractaciones realizadas, y las realizadas contra el acusado fueron con ánimo espurio de perjudicarlo.

Además de lo ya expuesto en los motivos precedentes y los argumentos sólidos que va analizando la sentencia y cómo se van corroborando cada una de los aspectos de la declaración realizada por el primer recurrente en fecha 16-2-2012, que aportó aspectos esenciales de la comisión de los hechos y testimonio directo de la participación de los hermanos Torcuato Alberto Bruno Luis Andrés más el resto de la prueba estudiada en el tercer motivo, añadiremos que una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del TC como de esta Sala, ha declarado, que el tribunal de instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella, se haya practicado judicialmente con las debidas garantías y se haya sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente, en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la LECRIM, la doctrina constitucional y de esta Sala admite que el tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al tribunal de instancia dicha valoración conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la LECrim.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

**DÉCIMO.-** El sexto motivo, se formula también **por infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 244 CP; y de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5, nº 4 LOPJ, y 852 LECr, y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**; todo ello en relación con el delito de **robo de uso de vehículo**.

1. Se mantiene que no hay en la causa prueba alguna que demuestre que participó en la sustracción del vehículo, y que la sala sólo se basa en la declaración sin fundamento ni lógica de Emilio, aludida en el motivo anterior, y pasa por alto que ninguna de las huellas dactilares o palmares halladas en el automóvil correspondía al recurrente, como tampoco los restos de ADN del coche.

2. Hemos de remitirnos a lo expuesto en relación con el motivo anterior.

Y por las mismas razones allí expuestas, el motivo ha de ser desestimado.

**UNDÉCIMO.-** El séptimo motivo se asienta en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP, delito de **homicidio**, **robo de uso de vehículo**, **robo con violencia** con uso de armas, y **tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5



nº 4 LOPJ , y 852 LECr . y 24.1 y 2 CE , por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva** , a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se destaca que las muestras de *ADN del pasamontañas* no tienen un solo perfil genético, sino hasta tres perfiles, como demuestra el informe del Sr. Teofilo , dotado del mayor rigor científico, dirigiendo un laboratorio de Neodiagnóstica, acreditado por la ENAC, normativa ISO-IEC 17025, y el Ministerio de Justicia, aunque no lo admita el tribunal de instancia, sin dar las explicaciones pertinentes.

2. Habiendo sido estudiadas las periciales realizadas por los miembros de la Policía Científica y la rigurosidad de su metodología y homologación frente a la del perito Sr. Teofilo en el motivo tercero, nos remitimos a lo allí expuesto.

Y ello sin dejar de recordar que la sala *a quo* no solo se limita a concluir "que la pericial practicada por los funcionarios de la Unidad Central de Policía Científica resulta ser más rigurosa que la practicada por el perito Don. Teofilo ", sino que dedica, con todo detalle, los folios 107 a 115 de su sentencia a dar cumplida explicación de las razones que le llevaron a la conclusión referenciada.

En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

**DUODECIMO.-** El octavo motivo se formula por **quebrantamiento de forma**, al amparo del nº 1 del art 850 LECr , por inadmisión de prueba, que produce indefensión.

1. Se trata la inadmitida una nueva prueba de ADN, en relación con el pasamontañas a realizar por los Mossos d'Esquadra, solicitada tras la práctica conjunta en el juicio oral de la de los peritos del CNP y Don Teofilo . Y se basaba la petición en que los primeros sólo encontraron un único perfil genético, mientras que el segundo halló el correspondiente a otros dos individuos no identificados.

2. La demanda del recurrente se basa en el art 729.3 de la LECr , pero el art. 728 proclama que: "No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas". Y tras ello el art 729 del mismo texto legal precisa que: "Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: **1º**) Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre estos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. **2º**) Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. **3º**) Las diligencias de prueba de cualquiera clase que *en el acto* ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un *testigo* , si *el Tribunal las considera admisibles*."

En el caso de autos, la prueba, que no cuestiona la existencia del ADN del acusado en el pasamontañas, además de extemporánea e innecesaria, según resulta del propio tenor literal de la LECr, así fue considerada por la sentencia del tribunal provincial que en su fundamento jurídico segundo, señala entre otros extremos que: "la manipulación sobre la superficie externa del pasamontañas realizada por el perito Sr. Teofilo con carácter previo...dos días después de haber pulverizado la superficie externa del pasamontañas con un reactivo... ofrecen serias dudas al Tribunal del rigor del método científico utilizado...del conjunto de lo anteriormente expuesto advertimos no sólo que la pericia no dispone del rigor necesario para que sea tomada en consideración por el Tribunal, sino que cualquier análisis posterior de la prenda, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, permitiría albergar dudas más que razonables acerca de la fiabilidad de las deducciones o inferencias que del mismo pudieran extraerse"

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOTERCERO.-** El noveno motivo se funda en **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art 138 CP ., 244 , 242 y 563 CP , delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional** , al amparo del art 849.1 LECr , art. 5 nº 4 LOPJ , y 852 LECr . y 24.1 y 2 CE , por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva** , a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se critica que la sentencia no individualice debidamente la conducta de cada partícipe en los hechos, cuando uno solo cometió el *homicidio*, y solo dos, según los testigos, llevaban armas, atribuyéndoles arbitrariamente una participación que el principio *pro reo* excluiría, no existiendo un verdadero soporte probatorio detrás. El dominio funcional del hecho no le puede ser atribuido al tercer atracador, y si no se sabe quien es éste, considerar que todos son autores del homicidio, es caer directamente en la presunción de culpabilidad o elucubraciones contra reo. Es más, la sentencia dice que D. Alberto no portaba ningún arma y no existe prueba o indicio de que aceptara que se disparase o las repercusiones de tan grave hecho.

2. Remitiéndonos a cuanto dijimos con relación al motivo tercero del recurrente, añadiremos como precisa la sentencia combatida, que el resultado de la prueba permitió estimar acreditada la participación de los



acusados en los hechos, y, aunque no haya podido individualizarse la concreta conducta de cada uno, sí se advierte la concurrencia de un concierto de voluntades previo, ejecutado conjuntamente por todos ellos, por lo que la conducta del que disparó la escopeta de cañones recortados se hace extensiva a los demás partícipes (desviaciones causales previsibles abarcadas por el dolo eventual de todos), pues hubo deliberación y decisión conjunta, un plan establecido, en este caso con reparto de labores específicas. En el caso de autos dos entraban con las armas intimidatorias para los empleados mientras que el tercero vigilaba, -acción esencial de cada uno en la fase ejecutoria- en actitud de espera junto al vehículo que había colocado de forma propicia para emprender inmediatamente la huida, una vez realizado el acto depredatorio inicialmente planeado. Así, iban provistos de dos armas de fuego, -una de ellas extremadamente peligrosa como es la escopeta de cañones y culata recortados cargada-, con las que garantizar el propósito proyectado y que no dudaron en utilizar cuando se enfrentó con ellos unos de los empleados. De tal modo que la aportación de cada uno de los partícipes se relaciona con la denominada teoría del dominio funcional del hecho, y el acuerdo entre los coautores con el elemento subjetivo, que constituye el soporte de la doctrina de la imputación recíproca. Por ello se afirma que entre los coautores se produce un vínculo de solidaridad que conlleva la imputación recíproca de las distintas contribuciones parciales al resultado, y en cuya virtud se entiende que cada uno acepta implícitamente lo que cada uno vaya a hacer. (Cfr. STS 170/13 de 28 de febrero, y STS 474/13 de 24 de mayo).

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOCUARTO.-** El décimo motivo se articula **por infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138, 244, 242 y 563 CP delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se alega que se ha preferido condenar, sin fundamento, al recurrente, pasando por alto la línea de investigación reclamada, según la cual los testigos conocían por la voz de algún modo a los atracadores, y estos a la empresa por la que se movieron con soltura. Ello lleva a la absolución del recurrente que ninguna relación tuvo con el fallecido, con la empresa, ni con ninguno de los empleados.

2. Nuevamente, en este motivo se cuestiona la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal. En ningún pasaje de la sentencia en la que se recogen los diferentes testimonios de los empleados de la empresa DISCODA se menciona conocimiento alguno del único de los acusados al que pudieron ver la cara, una vez que la víctima le despojó del pasamontañas cuando forcejearon; y las palabras que al parecer se intercambiaron "yo a ti te conozco...ahora me has conocido hijo de puta"... pudieron ser debidas a diferentes motivos: bien por haber merodeado alrededor del almacén días previos a los hechos y comprobar la ubicación de oficinas y resto del almacén; por haber acompañado a alguien que sí pudiera conocer la empresa y que facilitó la información que precisaban para realizar el asalto; o por otras explicaciones diferentes que no se llega a precisar por la diferente casuística que se pudo presentar.

En cuanto a lo que vieron y oyeron los testigos, no se puede descartar el tiempo transcurrido desde que sucedieron los hechos, y que, lo primero que indicaron los autores a los empleados es que se tiraran al suelo en breves instantes; y desde esa posición es desde la que, en su caso, pudieron ver el aspecto físico, corpulencia, altura y poco más, de los autores, al llevar las manos con guantes y pasamontañas cubriendo el rostro. Por ello difícilmente pudieron proporcionar más datos que las breves frases que pronunciaran, que por el acento, confundieron con ciudadanos magrebíes. No obstante hay prueba suficiente de la participación del recurrente ya individualizado y estudiado, por lo que al haber sido suficientemente debatido en los motivos precedentes, el presente debe ser desestimado.

**DECIMOQUINTO.-** El undécimo motivo se basa en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 138 CP., 244, 242 y 563 CP delito de **homicidio, robo de uso de vehículo, robo con violencia** con uso de armas, **y tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5 nº 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se señalan ahora otros indicios que no se han investigado, y que la sentencia trata en diez líneas consistentes en la gran cantidad de pelos que al parecer fueron hallados en pasamontañas, mochila azul y Opel Astra, y que, analizados los de la mochila y coche resultaron no compatibles con Bruno (y por tanto tampoco con su hermano el ahora recurrente Alberto), Emilio y Luis Andrés. Y en cuanto al pelo hallado en el pasamontañas se informó que se había extraviado, no pudiendo, por tanto analizarlo el Sr. Teofilo.

2. Desde luego no se alcanza a vislumbrar qué importancia para el derecho de defensa del acusado pudieron tener tanto el origen como el resultado del análisis de los pelos animales encontrados, teniendo en cuenta las



pruebas tomadas en cuenta por el tribunal de instancia para la condena de aquél, según se ha expuesto en relación con los motivos anteriores.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOSEXTO.**- El duodécimo motivo se configura por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por aplicación indebida del art 563 CP, delito de **tenencia ilícita de armas**. Y por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5.º 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**.

1. Se considera que no existe tampoco prueba de que el recurrente cometiera el delito de *tenencia ilícita de armas*. No existen huellas en ellas, no se sabe quienes las portaban. Y el análisis de los pelos hallados en la mochila Kipling azul donde se encontraron las armas descartan que el ADN mitocondrial perteneciera a Bruno, y por tanto dado su parentesco tampoco a su hermano, el acusado Alberto.

2. Hay que reiterar los argumentos esgrimidos en párrafos precedentes, incidiendo en el dominio funcional de los hechos que tenían todos los acusados. El tribunal *a quo* indica acertadamente que: "Acerca de la trascendencia de tal aportación un importante sector doctrinal exige la concurrencia, como elemento necesario, del dominio funcional del hecho en el coautor. En su consecuencia, basta que a la realización del hecho típico se llegue conjuntamente a través de la concurrencia de las diversas aportaciones de los coautores, conforme al plan comúnmente establecido, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas.

En tal sentido la STS 41/2014, de 29 de enero recoge el criterio asentado en la precedente STS de 14 de Julio de 2010 en la que, aplicando lo anteriormente expuesto al sujeto que realiza funciones decisivas de espera y cobertura en el exterior del inmueble en el que el otro coautor lleva a cabo el hecho delictivo, se relaciona tal aportación causal con la denominada teoría del dominio funcional del hecho y, el acuerdo entre los coautores, con el elemento subjetivo que constituye el soporte de la denominada doctrina de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado y, en cuya virtud, se entiende que todos aceptan implícitamente lo cada uno vaya a hacer"

Igualmente precisan los jueces *a quibus* que, en la medida en la que todos los acusados eran conocedores del porte de las armas, esgrimidas por dos de ellos desde que descendieron del vehículo, en cuyo interior accedieron a la empresa y, durante toda la secuencia del acto depredatorio, del riesgo inherente al uso de las armas que portaban, cuando menos de la escopeta que previamente habían cargado con la munición que le es propia y que portaban consigo (12 cartuchos del calibre 12-caza), a la que habían modificado sustancialmente las características originales de fabricación convirtiéndola en un arma de efectos devastadores si se dirige hacia el cuerpo de una persona y, consecuentemente, susceptible de comprometer seriamente la integridad física o la vida de los trabajadores de la empresa que se encontraban desempeñando su actividad profesional en el momento en el que irrumpieron en la empresa".

Y, finalmente, la sentencia recurrida en su fundamento jurídico sexto, señala que abundando en el concepto de "tenencia compartida", la STS 1071/2006, de 8 de Noviembre, señala que el delito de tenencia ilícita de armas: "Es un delito de propia mano que comete aquél que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma, aunque a veces pueda pertenecer a distintas personas o, en último caso, pueda estar a disposición de varios con indistinta utilización, razón por la cual extiende sus efectos, en concepto de tenencia compartida, a todos aquellos que conociendo su existencia en la dinámica delictiva, la tuvieron indistintamente a su libre disposición".

Y, por ello concluye que: "En el supuesto que nos ocupa resulta evidente que tanto el revólver detonador como la escopeta de cañones recortados se encontraba a disposición de todos los acusados y eran susceptibles de ser utilizados indistintamente por todos ellos, siendo conocedores todos de la existencia de las armas durante la secuencia delictiva en cuyo transcurso tuvieron indistintamente dichas armas a su libre disposición, circunstancia por la que consideramos de aplicación el concepto de tenencia compartida al concreto supuesto aquí concernido".

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMOSEPTIMO.**- El decimotercero de los motivos se ampara en infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 849.1 LECr, art. 5.º 4 LOPJ, y 852 LECr. y 24.1 y 2 CE, por infracción de los derechos a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso público con todas las garantías y a la presunción de inocencia**, en relación con la prueba indiciaria.

1. Se destaca que no hay prueba directa para la condena del recurrente, y que la indiciaria en que se basa la sentencia es insuficiente para ello: El ADN del pasamontañas estuvo mal guardado durante dos años, y no se



ha probado que no hubiera sufrido contaminación, siendo indicio abierto con multitud de interpretaciones; las tachaduras en las fotocopias referentes a la cadena de custodia; la descripción por los testigos de apariencia física de los asaltantes, distinta del recurrente; el valor de las declaraciones del Sr. Emilio cuando reconoce él mismo que mintió; el significado de las conversaciones telefónicas entre Fructuoso y el recurrente; la ausencia de prueba de su presencia en la sustracción del automóvil; diversos perfiles genéticos en el pasamontañas; y conocimiento por los testigos de los autores del atraco.

2. Ya vimos a través del estudio de los motivos anteriores , especialmente primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo, undécimo y duodécimo, como la sentencia de instancia dio cumplida cuenta de la prueba que entendió existente, para considerar desvirtuada la presunción de inocencia de los acusados, siguiendo la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre los requisitos de la prueba indiciaria, a través de la cual es posible declarar probado un hecho principal a través de un razonamiento construido a base de otros hechos, varios- constitutivos del delito o de la participación del acusado-, que han de estar plenamente probados e interrelacionados, y que el órgano judicial argumente de forma razonada y razonable, aunque sea de forma sucinta y escueta, el encadenamiento o enlace entre unos y otros para llegar a su convicción.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

(3) RECURSO DE D. Bruno

**DECIMOCTAVO.- Primero, por infracción de precepto constitucional**, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** del art 24.2 CE . al amparo del art 5.º 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Se señala por el recurrente que la sala de instancia realizó una selectiva y arbitraria apreciación de la prueba, como si desde el inicio ya estuviera orientada a ofrecer una solución salomónica, condenando a los acusados. Se considera que la prueba indiciaria tomada en cuenta es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia: Declaración del coimputado Fructuoso , negada por el propio declarante, debida a motivos espurios, sin debida corroboración, ni ADN, ni huellas, ni ningún testigo objetivo que le implique; y con unas conversaciones telefónicas abiertas a todo tipo de interpretaciones; con restos de ADN en pasamontañas y en vehículo que nada tienen que ver con el recurrente; y con huellas dactilares en el automóvil tampoco pertenecientes al mismo. Por otra parte, falta individualización en la sentencia de la participación de cada presunto implicado en el homicidio y en la tenencia de armas.

2. En el presente caso, y una vez consideradas las pruebas concurrentes para los recurrentes anteriores hay que incidir que en el caso de este acusado la Audiencia dispuso del mismo material probatorio, habiéndose explicitado los motivos que le llevaron a conceder mayor credibilidad el Tribunal a las declaraciones sumariales del primer acusado, Emilio , de fecha 16-2-2012, y que se han visto corroboradas por toda la prueba. Así como ponderados a lo largo de la sentencia, el contenido y lenguaje empleado en las conversaciones telefónicas con su hermano José, el anterior recurrente, cuando la causa, a finales de febrero o principio de marzo de 2011, se hallaba secreta y aún no estaba detenido Emilio (alias Luis Pedro ), o incluso la conversación de fecha 10-3-11, que en parte viene a corroborar lo que declararía el primer acusado en febrero de 2012. Así mismo se valoraron las fechas mencionadas, (hace 10 años... en las conversaciones que habían sucedido los hechos, incluso su propia esposa Dulce ...); la llamada telefónica que hace a "su colega Baltasar " desde el teléfono que estaba dentro del Opel Astra sustraído en la playa de Garraf el 20-7-2002, su presencia en la reunión en la que se planea la sustracción a la empresa y datos proporcionados por el primer recurrente, que se fueron confirmando paso a paso (tipo de empresa, ubicación y conocimiento de la distribución tal como se movieron en su interior, nº de personas que participarían, día y hora de mayor recaudación. Todo ello ya visto en los párrafos precedentes referentes a los motivos expuestos por el anterior recurrente.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

**DECIMONOVENO.-** Como segundo motivo se articula **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art. 77 CP , en relación con el art. 244.1 y 3 y 242 CP .

1. Se considera que el delito de utilización de vehículo de motor ajeno debe entenderse absorbido por el delito de robo con violencia, por tratarse de un supuesto de progresión delictiva en el que el robo tiene mayor rango punitivo que el otro delito.

2. En el caso de autos, el robo del vehículo se produjo el día 20 de julio de 2002 y la sustracción en la empresa DISCODA en fecha 25 de julio siguiente, y si bien utilizaron dicho vehículo para llegar hasta el almacén, podían haber utilizado cualquier otro medio, sin que pueda considerarse necesario (necesidad de carácter objetivo) ni imprescindible para la realización del acto depredatorio inicialmente planeado, constituyendo dos delitos independientes entre sí, además de no ser el delito de robo del vehículo simultánea ni próxima al robo del almacén, pues habían transcurrido 5 días.



No basta la preordenación psíquica del sujeto, intención del agente para conseguir el resultado propuesto, sino el aspecto objetivo y real, de manera que al aplicar el juicio hipotético, resulte que el segundo delito no se hubiera producido de no haber realizado previamente el o los delitos que le hubieran precedido.

La Sala condena de forma independiente y correcta cada una de las conductas delictivas estudiadas al existir un concurso real de delitos, pues la autonomía de las infracciones resultó clara.

En el presente supuesto, la plataforma histórica sobre la que se debe operar a virtud del cauce casacional elegido, refleja que la Utilización Ilegítima (robo de Uso) de Vehículo de Motor Ajeno tuvo lugar, no ya tan sólo perpetrando el robo con violencia hasta su consumación, sino incluso transcurridos unos cinco días desde que el primer delito tuvo lugar en lugar alejado (Playa del Garraf, Barcelona, carretera de Castelldefels a Sitges) del en que se perpetra el robo (Polígono industrial de Entrevías, Tarragona) y respecto de bien distinto y persona diferente al dueño del automóvil, lo que significa una clara diferenciación cronológica y circunstancial de conductas que impone su tratamiento autónomo. (Cfr. STS 26-10-1996, nº 774/1996) .

Consecuentemente el motivo ha de ser desestimado.

**VIGESIMO.-** El tercero de los motivos se articula por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por aplicación indebida del art.28 del CP ,en relación con el art 138 CP

1. Se niega que el recurrente haya sido autor del homicidio. De los hechos probados surge con claridad que en el momento en que el autor material dispara a la víctima, esta acción ni estaba prevista ni era necesaria para la consecución del fin de común de apoderamiento perseguido, pues estaban subiendo al vehículo, el delito de robo ya estaba cometido y el dinero ya lo tenían en su poder. Por tanto es improbable que la muerte de la víctima formara parte del plan del robo que los condenados ejecutaron conjuntamente. Y el recurrente no realizó ningún tipo de conducta que facilitara o influyera en el resultado.

2. Como ha dicho esta Sala (Cfr. STS. 121/2008 de 26 de febrero ), el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las **precisiones fácticas** que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto **respeto a los hechos que se declaren probados** en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Esta Sala tiene declarado (Cfr SSTS 20-11-1995, nº 1147/1995 ; de 25 de junio de 1.988 ; 17 de enero y 13 de noviembre de 1.991 ; 31 de marzo de 1.993 y 7 de diciembre de 1.994 ) que la **comunicabilidad del homicidio** , así como de las lesiones posiblemente inferidas a cuantos toman parte en el robo, aparte, por supuesto, de la hipótesis de preordenado concierto para privar de la vida o lesionar a quien estorba en la realización del plan delictivo, es sostenible del mismo modo cuando, mediando la " *societas scaeleris*", más o menos ocasional, para la perpetración del violento ataque a la propiedad, se prevé y admite de modo más o menos implícito que en el *iter* realizador pueda llegarse a ataques corporales de *imprevisibles consecuencias* frente a quienes se opongan a la efectividad del proyecto criminal en vías de ejecución, infiriéndose dicha actitud psíquica de la circunstancia de que los agentes se hallen impuestos del porte y eventual uso de armas peligrosas y eficaces por algunos de los protagonistas del planeado robo, lo que implica un asentimiento previo al posible o *contingente giro de radical violencia física* capaz de llegar a resultados atentatorios a la vida o integridad física, bien sea al ejecutar el hecho o al tiempo de ponerse a salvo de los perseguidores. El partícipe no ejecutor material y directo del acto homicida o agresor, *sabedor* de las antedichas circunstancias, que *prosigue y persevera* en su cooperación, cuando menos se sitúa en el plano del *dolo eventual*, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad el que sea alcanzado por la advertencia del artículo 501 del C.P . y, en definitiva, por el trato de agravación a que el mismo provee. El *previo concierto* para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya *a priori* todo riesgo para la vida o para la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno o algunos de ellos sean autores o ejecutores de semejantes resultados personales.

3. Dejando a salvo la doctrina jurisprudencial reproducida y enfatizando que hay que estar a la proclamación de hechos probados contenida en la sentencia, por lo demás hemos de remitirnos a cuanto hicimos constar con relación al motivo noveno del anterior recurrente, de tal modo que, con arreglo a las razones allí expuestas, de plena aplicación ahora, el motivo ha de ser desestimado.





**VIGÉSIMOPRIMERO** .- En virtud de lo expuesto procede **desestimar e** l recurso de casación formulado por infracción de ley, infracción de derecho constitucional y quebrantamiento de forma, por las representaciones de los acusados D. Bruno Y D. Alberto , y **estimar en parte** el recurso de casación interpuesto por la representación del acusado D. Emilio , imponiendo a los dos primeros recurrentes las **costas** de su recurso, y declarando de oficio las costas correspondientes al tercero, de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr .

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia dictada con fecha 25 de Marzo de 2014, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona , en causa Rollo nº 23/12, seguida por delitos de **robo de uso de vehículo, robo con violencia, homicidio y tenencia ilícita de armas** , formulados por infracción de ley, infracción de derecho constitucional y quebrantamiento de forma, por las representaciones de los acusados D. Bruno Y D. Alberto , y **haber lugar a estimar en parte** el recurso de casación interpuesto por infracción de derecho constitucional y por infracción de ley por la representación del acusado D. Emilio , imponiendo a los dos primeros recurrentes las **costas** de su recurso, y declarando de oficio las costas correspondientes al tercero.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Jose Manuel Maza Martin D. **Francisco Monterde Ferrer** D. Manuel Marchena Gomez D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Octubre de dos mil catorce.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona, en el Rollo de Sala nº 23/12 , correspondiente al Procedimiento Sumario número 2/12, tramitado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Tarragona, se dictó sentencia de fecha 25 de Marzo de 2014 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida, si bien eliminando de los **hechos declarados probados** la mención que se realiza del acusado Emilio en los hechos del día 25 de julio de 2002.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la Sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

En su virtud debemos absolver y **absolvemos** a Emilio de los delitos de **robo con violencia** y uso de armas, de **homicidio** y de **tenencia ilícita** de armas, por los que en concepto de autor fue condenado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas causadas en la instancia.

Y **se mantiene** en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en lo que se refiere a la condena de Emilio como autor de un delito **de robo de uso** de vehículo; así como íntegramente las condenas pronunciadas respecto de los coacusados Bruno y Alberto ; y la absolución de Luis Andrés .

### III. FALLO

Debemos absolver y **absolvemos** a Emilio de los delitos de **robo con violencia y uso de armas, de homicidio y de tenencia ilícita de armas** , por los que, en concepto de autor, fue condenado, declarando de oficio la parte proporcional de las costas causadas en la instancia.



Y **se mantiene** en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en lo que se refiere a la **condena** de Emilio como autor de un delito **de robo de uso** de vehículo; así como íntegramente las condenas pronunciadas respecto de los coacusados Bruno y Alberto ; y la absolución de Luis Andrés .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gomez D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

**PUBLICACIÓN** .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ