



Roj: **STS 913/2010 - ECLI:ES:TS:2010:913**

Id Cendoj: **28079120012010100123**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2010**

Nº de Recurso: **2005/2009**

Nº de Resolución: **151/2010**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 9774/2009,**  
**AAAP B 10014/2009,**  
**STS 913/2010**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº: 151/2010**

**RECURSO CASACION Nº : 2005/2009**

**Fallo/Acuerdo:**

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Barcelona. Sección Quinta

**Fecha Sentencia :** 22/02/2010

**Ponente Excmo. Sr. D. :** Manuel Marchena Gómez

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por :** MAJN

NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBAS DE ADN: valoración por el Tribunal de esa negativa. Confirmación de otros indicios.

CONSTITUCIONALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: doble instancia. INTERVENCIONES TELEFÓNICAS: control judicial.

No audición personal por el Juez o Secretario. No notificación al Fiscal. No acarrear nulidad. Ausencia de prueba pericial de

voces. No es obstáculo para afirmar la identidad del interlocutor. ENTRADA Y REGISTRO: ausencia del interesado, detenido en

otra ciudad a varios centenares de kilómetros de distancia. Presencia de uno de los moradores. Irregularidades formales que no

afectan al derecho constitucional protegido. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, INCONGRUENCIA OMISIVA: doctrina general.

ATENUANTE ADICCIÓN A DROGAS: significación causal. No se aprecia.

**Nº: 2005/2009**



**Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Marchena Gómez**

**Vista: 17/02/2010**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA N°: 151/2010**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Perfecto Andrés Ibáñez**

**D. José Manuel Maza Martín**

**D. Manuel Marchena Gómez**

**D. Diego Ramos Gancedo**

En nombre del Rey

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

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Febrero de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso** de **casación** por infracción de Ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación procesal del acusado **Jesus Miguel**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) de fecha 29 de mayo de 2009, en causa seguida contra Ambrosio, Cesar; Everardo; Estela; Maite; Sandra y Ofelia, por delitos de robo con intimidación, lesiones, detención ilegal, receptación, tenencia de armas y atentado, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el Procurador Sr. Castro Casas y como parte recurrida en representación de Primitivo, la Procuradora Sra. Duret Arguello. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## **I. ANTECEDENTES**

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 2 de Vilafranca del Penedès, instruyó Sumario número 1/2001, contra Everardo y seis más y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) Rollo de Sala nº 2/2003 que, con fecha 29 de mayo de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

*"1.- Se declara probado que el procesado Jesus Miguel, mayor de edad, nacido el 21 de agosto de 1975, con antecedentes penales cancelables, y dos varones cuya identidad no ha resultado acreditada, de común acuerdo y con intención de obtener un inmediato e ilícito beneficio patrimonial, entre las 22'00 y las 22'30 horas del día 4 de marzo de 2000 se dirigieron al restaurante "Masía Mas Granell", sito en la carretera Moja-Dalmar, en el término municipal de Olérdola. Una vez llegados al restaurante los tres, tras cubrirse la cabeza con sendos pasamontañas, entraron en el restaurante portando uno de ellos un formón, otro una pistola de color negro con cachas de madera y el tercero una escopeta con la culata y el cañón recortados que funcionaba perfectamente y estaba cargada. Una vez dentro del establecimiento, dieron golpes a una maceta, así como a distintos platos y copas, quebrando algunas cuyo importe de reposición no se reclama por haber sido abonado por la compañía de seguros.*

*Tras los golpes descritos los asaltantes se dirigieron al propietario del negocio y a los comensales indicándoles que les entregaran el dinero y lo que portaran, esgrimiendo las armas en todo momento tras de lo cual separaron a las víctimas en dos grupos, e hicieron que éstas fueran dejando sobre una bandeja el efectivo metálico, las carteras y las joyas, y así, el director y regente del local don Antonio depositó dos cartones de tabaco marca Marlboro, un abridor de botellas, un teléfono inalámbrico y 230.000 pesetas (1.382,32 euros), don Domingo una cartera de piel negra que contenía 23.000 pesetas (138,23 euros), don Gervasio un collar, un reloj, dos anillos y 7.000 pesetas (42,07 euros), don Lucas un reloj de pulsera marca Festina, una cartera portadocumentos y 19.000 pesetas (114,19 euros), doña Catalina un bolso de piel marrón, un anillo de oro, un juego de llaves y*



2.000 pesetas (12,02 euros), don Serafin un reloj de pulsera marca Festina, una cartera de piel marrón y 7.000 pesetas (42,07 euros); doña Justa un monedero e piel marrón, un bolso de tela marca Guees, un pendiente de plata, un guante de piel, un teléfono móvil marca Nokia y 7.000 pesetas (42,07 euros); doña Sabina un reloj de pulsera inscrito con su nombre, una cadena de oro, un anillo de oro y un pendiente de oro; don Aureliano un reloj marca Duward, un anillo de oro, una cartera de mano y 40.000 pesetas (240,40 euros); una cadena de oro, un anillo de oro y un pendiente de oro; don Aureliano un reloj marca Duward, un anillo de oro, una cartera de mano y 40.000 pesetas (240,40 euros); don Felipe una cartera de piel marrón, un reloj marca Seiko modelo SQ 100, un anillo de oro con un brillante, una alianza de matrimonio, un reloj marca Raymond Breil y 10.000 pesetas (60,10 euros); don Luciano un reloj marca Lotus, un anillo de oro, una cadena con cruz de oro, una cartera de mano y 39.000 pesetas (234,39 euros); doña Leocadia un reloj marca Movado, dos pendientes de oro, una alianza de oro, un anillo con piedras, una pulsera con piedras, un monedero y 39.000 pesetas (234,39 euros); doña Serafina tres aros de oro, un anillo de oro, un reloj marca Marlin, un bolso marrón, dos carteras (una marrón y otra negra), y 15.000 pesetas (90,15 euros); doña Asunción un monedero de tela marrón, un pin, una agenda verde y 29.000 pesetas (174,29 euros); don Juan Enrique una cartera de mano y 25.000 pesetas (150,25 euros); doña Fátima una cartera de mano, un monedero de piel y 23.000 pesetas (138,23 euros); doña Natividad una alianza de oro; don Casimiro un juego de llaves, una cartera y 6.000 pesetas (36,06 euros); don Fidel una cartera y 36.000 pesetas (216,36 euros); doña Apolonia una cartera, unos pendientes de oro y 10.000 pesetas (60,10 euros); don Mauricio una cartera y 11.000 pesetas (66,11 euros); doña Irene dos anillos, unos pendientes, un monedero y 10.000 pesetas (60,10 euros); doña Salome una cartera, un reloj marca Tagheuer, una pulsera de oro, un anillo de oro y 15.000 pesetas (90,15 euros); doña Andrea un collar y un anillo de plata; doña Florinda un anillo de platino con un brillante, una gargantilla de plata, dos pendientes de plata, una pulsera de plata, un monedero de piel marrón, una cadena de plata, un reloj marca Rolex, otra cartera de piel marrón, un reloj marca Alfex, un anillo de platino y brillantes, una cadena de plata, otra cartera marrón y 6.000 pesetas (36,06 euros); don Bruno una cartera de piel y 22.000 pesetas (132,22 euros); doña Vicenta un monedero, un reloj marca Gucci, un juego de pendientes, un monedero y 39.000 (234,39 euros); don Hipolito un monedero y 16.000 pesetas (96,16 euros); don Nazario una cartera de mano, una pulsera de oro y 12.000 pesetas (72,12 euros); doña Encarna un bolso de piel negro, unas gafas graduadas, un billetero, un reloj marca Seiko, unos pendientes de oro y 15.000 pesetas (90,15 euros); doña Natalia un bolso marca Harrington, una cartera de piel marrón, dos pulseras de oro y un anillo de oro; doña Berta una cadena de oro y 5.000 pesetas (30,05 euros); don Agapito una cartera marca Martí Nelly y 5.000 pesetas (30,05 euros); doña Leonor dos cadenas de oro, dos monederos, una cartera de piel y 35.000 pesetas (210,35 euros); don Fulgencio 17.000 pesetas (102,17 euros); don Oscar una cartera y 22.000 pesetas (132,22 euros); don Jose Ignacio un reloj marca Certina, una cartera y 38.000 pesetas (228,38 euros); y don Carlos Daniel una cartera y 35.000 pesetas (210,35 euros), llevándoles seguidamente a los servicios.

Cuando se hicieron con el contenido de las bandejas acudió hasta el lugar una dotación de la Guardia Civil en el vehículo oficial matrícula DTH-....-D compuesta por los agentes nº NUM000 y NUM001 debidamente uniformados y en el ejercicio de su función, que dejaron el vehículo oficial al lado de un automóvil marca Volkswagen, modelo Golf GTI, de color rojo, matrícula W-....-AE , respecto del que se les había informado ese mismo día, por comunicación interna del puesto de la Guardia Civil de Vilafranca del Penedès, que podía estar relacionado con el robo cometido tres días antes en el restaurante "Mirador de les Caves" (situado a pocos kilómetros), para dificultar su salida, y se colocaron en diagonales diferentes a la puerta de entrada, el primer agente tras el vehículo marca Opel modelo Ascona matrícula Q-....-QX propiedad de Hipolito y el segundo agente tras el referido Golf.

2.- Al salir por la puerta del restaurante el asaltante encapuchado que portaba la escopeta, obviando el principio de autoridad y asumiendo que podría producir un menoscabo en el patrimonio ajeno, comenzó a disparar a ambos agentes, alcanzando al vehículo Opel Ascona en el cristal delantero ocasionando unos desperfectos pericialmente tasados en 733 euros que el perjudicado reclama.

3.- Con intención de atentar contra su integridad física y asumiendo la posibilidad de causarle la muerte, el indicado asaltante, que presentaba en apariencia una complexión corpulenta, disparó contra el rostro del agente de la Guardia Civil nº NUM001 , don Primitivo , quien cayó al suelo y, al quedar descubierto, recibió otro disparo en el hombro izquierdo.

4.- El tirador entró en el local y los tres asaltantes conminaron con las armas a don Domingo a que saliera, arrancara el vehículo marca Ford modelo Orion matrícula X-....-XH , propiedad de su esposa doña Natividad , con el que ambos habían llegado al establecimiento, al tiempo que decían "TENEMOS REHENES", "TIRA LA PISTOLA", "TIRA LA PISTOLA", por lo que el agente NUM000 se alejó dando marcha atrás.

Los asaltantes -entre los que se encontraba, como ya ha quedado dicho, el procesado, Jesus Miguel -, con intención de asegurarse la huida, conminaron a Gervasio a que subiera también al vehículo que condujo



Domingo , por lo que el padre de Gervasio , Antonio se prestó también a acompañarles, para no dejar solo a su hijo.

Durante el trayecto los asaltantes disparaban a los agentes de la Guardia Civil que habían llegado de apoyo con T.I.P. NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 . Al cabo de unos doscientos metros más, los tres encapuchados dejaron bajar a los rehenes. Tras de lo cual, uno de los asaltantes condujo el vehículo.

Algo más adelante, el vehículo en el que huían los tres asaltantes colisionó contra el vehículo oficial matrícula VTY-....-Y , que unos agentes habían colocado en la intersección con la carretera C-244, en la parte lateral izquierda, ocasionando unos desperfectos parcialmente tasados en 1.119 euros. Que se reclaman.

Cuando, instantes más tarde, los encapuchados vieron el vehículo marca Volvo modelo 340 matrícula Y-....-YS conducido por don Clemente , cambiaron el sentido de la marcha, se pusieron delante del Volvo, le obligaron a parar, salieron del Ford Orion, le mostraron al Sr. Clemente la escopeta, le hicieron bajar del vehículo y se subieron a él, continuando su huida mientras seguían percutiendo la escopeta en contra los vehículos logotipados en los que se encontraban los agentes NUM003 y NUM006 , que intentaban darles alcance por la carretera que conducía a Vilafranca del Penedès en cuyo casco urbano y por la calle Eugeni d'Ors perdieron la vista al vehículo en el que iban los asaltantes.

El interior del expresado vehículo Ford modelo Orion matrícula X-....-XH , tras ser abandonado por los asaltantes, presentaba unos desperfectos por los que la perjudicada no reclama, y en su interior se encontró un formón, un cartucho percutido calibre 12 marca Winchester, una bolsa conteniendo las carteras, los bolsos, las joyas y 208.000 pesetas (1.250,10 euros) y, en el interior del vehículo matrícula Y-....-YS , que fue localizado posteriormente, se apreciaron unos desperfectos pericialmente tasados en 702,87 euros que no se reclaman y se localizaron dos vainas percutidas con inscripción NUM007 una y NUM008 la otra.

A consecuencia del disparo antes referido el Guardia Civil don Primitivo tuvo lesiones consistentes en herida facial escapular y de ambos ojos por arma de fuego que requirió para su curación de tratamiento médico quirúrgico consistente en cirugía y rehabilitación necesitó 82 días improductivos para su sanidad, 10 de los cuales fueron hospitalarios, quedándole como secuelas ceguera total de ambos ojos, anosmia e hipogeusia, hombro doloroso a la carga, síndrome depresivo traumático, perdigones en hombro izquierdo y macizo facial y cicatriz en párpado inferior izquierdo y nariz, las cuales constituyen gran invalidez y por las que reclama, siendo así que el Tribunal Médico Militar de la Región Militar Pirenaica determinó el 15 de mayo de 2000 su incapacidad total para el servicio así como la incapacidad absoluta para toda profesión u oficio, reconociendo una discapacidad del 85% y ayuda de tercera persona; de tal manera que la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en resolución de fecha 5 de noviembre de 2002, le reconoció un grado de minusvalía del 79%.

5.- La procesada doña Ofelia , mayor de edad, nacida el 8 de octubre de 1980, sin antecedentes penales, con absoluto fingimiento de ser perjudicada por un delito, a las 00'09 horas del día 5 de marzo de 2000, acudió a la Comisaría de la Policía Nacional de Sabadell y ante el funcionario de este Cuerpo nº NUM009 denunció que sobre las 21'00 horas del día 4 de marzo de 2000, cuando conducía el vehículo marca Volkswagen modelo Golf matrícula B-IU por la localidad de Vacarisses se le acercó un vehículo oscuro con cuatro personas, y el que iba en la parte delantera derecha le apuntó con una pistola, mandó que se detuviera, tras de lo cual se bajaron dos personas apuntándole con la pistola, bajó del coche, los otros se subieron y se fueron del lugar, dando lugar a la incoación de las Diligencias Previas núm. 251/2000 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Terrassa por auto de fecha 22 de marzo de 2000 que decretó, a su vez, el sobreseimiento provisional de las mismas.

6.- Las procesadas Maite , Sandra y Estela , todas ellas mayores de edad y carentes de antecedentes penales, junto con sus respectivos esposos, los también procesados Jesus Miguel , ya referenciado, Ambrosio , mayor de edad, nacido el día 4 de agosto de 1976, sin antecedentes penales; y Cesar , mayor de edad, nacido el 16 de diciembre de 1977, sin antecedentes penales; en fecha no determinada pero en todo caso anterior al día 5 de marzo de 2000, abandonaron sus respectivos domicilios sitos en la CALLE000 , Bloque nº NUM010 NUM011 , NUM012 , NUM012 de Santa Margarida i els Monjos, (domicilio de los procesados Ambrosio , Estela , Cesar Y Sandra ) y en el núm. NUM013 de la CALLE001 (domicilio de los procesados Jesus Miguel y Maite ), trasladándose a una vivienda de la localidad de Alcampell (Huesca), en el núm. NUM013 de la CALLE002 de dicha población.

7.- Sobre las 22'50 horas del día 15 de febrero de 2000 tres personas con pasamontañas que ocultaban sus rostros y portaban armas de fuego entraron en el restaurante "Don Pelayo" sito en la Plaza de la Badalota núms. 3-5 de la localidad de L'Arboç del Penedès, regentado por don Julián , y tras coger el dinero de la caja registradora exigieron a los clientes que estaban presentes que les entregaran el dinero y los objetos de adorno que portaran y así doña Esperanza les entregó un cordón de oro con el cierre de mosquetón, un anillo de oro con piedra azul y brillantes, dando lugar a las Diligencias Previas núm. 620/2000 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de El Vendrell.



Sobre las 22'30 horas del día 16 de febrero de 2000 tres personas encapuchadas portando pistola y escopeta entraron en el Restaurante "Sala", sito en la localidad de Sallent, y exigieron a los comensales que les entregaran el dinero efectivo y los objetos de adorno que portaran y así doña Gloria les entregó un anillo de oro, otro de acero, una pulsera, un colgante de cero y un brazaletes; y don Aquilino les entregó un reloj de oro marca Hublot, un bolígrafo de oro marca Montblanc y un anillo de oro tipo sello, dando lugar a las Diligencias Previas núm. 184/2000 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Manresa.

Sobre las 22'30 horas del día 1 de marzo de 2000, tres personas con el rostro tapado y portando armas entraron en el restaurante "Mirador de les Caves" sito en el kilómetro 3,800 de la carretera de Ordal a Sant Sadurn d'Anoia, en el término municipal de Subirats, y exigieron a su propietaria, doña Nicolasa, a sus hijos Nemesio y Urbano y a la esposa de éste, Celestina, el dinero que había en la caja registradora, lo cogieron y a ésta que les entregara los objetos de adorno que portaba, entregándoles la Sra. Celestina un (sic) pulsera con eslabones alargados y circulares, un anillo con ocho pequeñas piedras rojas, un anillo con ocho pequeñas blancas, un anillo con ocho pequeñas piedras verdes y una pulsera de oro, dando lugar a las Diligencias Previas nº 201/2000 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vilafranca del Penedès.

En la diligencia de entrada y registro efectuada el día 17 de marzo de 2000 en el indicado domicilio de Alcampell se encontró -o se ocupó a los detenidos o a los menores que se encontraban en la vivienda-, junto a otras 149 joyas o alhajas que estaban distribuidas por todo el domicilio, las siguientes joyas o adornos de valor que habían sido denunciados como sustraídos por sus dueños y que fueron posteriormente reconocidos por éstos como de su propiedad:

- una pulsera con eslabones alargados y circulares, un anillo con ocho pequeñas piedras rojas, un anillo con ocho pequeñas piedras blancas, un anillo con ocho pequeñas piedras verdes y una pulsera de oro, con la inscripción "21" y, en el reverso, la letra "M", efectos todos ellos propiedad de Celestina ;
- un cordón de oro propiedad de Esperanza ;
- un anillo de oro de la marca Tous y un cordón de cuero, propiedad de Gloria ;
- y un sello de oro con detalle de color negro, propiedad de Luis .

Todas estas joyas han sido reconocidas por sus propietarios como aquéllas que les fueron sustraídas en el marco de los robos arriba escritos cometidos en los restaurantes "Don Pelayo", "Sala" y "Mirador de les Caves", hasta la fecha, permanecen intervenidas y no han sido restituidas a sus legítimos propietarios.

Durante dicha diligencia de entrada y registro, en el interior de la vivienda, se encontraron también 392.600 pesetas en efectivo (equivalentes a 2.359,57 euros) de las que 385.000 pesetas fueron halladas en el interior de un monedero -380.000 pesetas en billetes de 10.000 ptas. y 5.000 pesetas más en un único billete de 5.000 ptas.-, junto a diversa documentación de Cesar (permiso de conducir, D.N.I. y permiso de armas tipo E) y de Sandra (D.N.I.); monedero que, a su vez, se encontraba dentro de un bolso que contenía una cartilla y una libreta bancaria de las que era titular Sandra ; asimismo el procesado Ambrosio portaba entre sus ropas 56.600 pesetas (336,56 euros) y la procesada Maite portaba 35.000 pesetas (210,35 euros).

En el interior de la vivienda se halló también una escopeta semiautomática de cañón y cierre móviles marca Franchi de calibre 12/70 con número de identificación NUM014 de correcto funcionamiento; una escopeta de repetición corredera de calibre 12 Magnum (12/76), marca Valtro de culatín plegable con número de identificación NUM015 de correcto funcionamiento; tres cartuchos de calibre 12 mm. Marca LP, tres cartuchos de calibre 12 mm. Marca FN, tres cartuchos de calibre 12 mm. Marca Armusa; tres cartuchos de calibre 12 mm. Marca Fiochi; un cartucho de calibre 12 mm. Marca Saga; un cartucho de calibre 12 mm. Marca Orbea; 52 cartuchos de calibre 12 mm. Marca U.E.E.: 25 cartuchos de calibre 12 mm. Marca U.E.E. modelo 12-70; 10 cartuchos calibre 12 mm. Marca Remington bala expansiva; 6 cartuchos de calibre 12 mm. Mara Nobel Sport bala subcalibrada; un cartucho metálico del calibre 50 mm.: un cartucho de la marca Browning; 20 cartuchos metálicos 7,62 Santa Bárbara; 100 cartuchos metálicos del calibre 22 mm. Marca Short y 394 cartuchos metálicos del calibre 22 mm. Marca U; de los cuales 117 son para uso de escopetas de calibre 12 y 415 para armas de cañón rayado, de buen estado y correcto funcionamiento y, de ellos, 20 cartuchos 7,62X51 Nato cuyo uso por particulares está prohibido, encontrándose estos últimos en posesión de Jesus Miguel, que los introdujo en la vivienda y guardaba con conciencia del carácter prohibido de tal posesión. Sólo el procesado Cesar tenía licencia de armas tipo E, para armas largas rayadas calibre 5,6 mm., escopetas y asimiladas.

La totalidad de las carteras, bolsos, relojes y joyas depredados en el Restaurante "Masía Mas Granell" fueron recuperados y entregados a sus propietarios en depósito provisional, a excepción de un reloj marca Seiko y unos pendientes de oro con brillantes propiedad de Encarna pericialmente tasados en 852,83 euros, objetos por los que esta perjudicada reclama; y de un anillo propiedad de Sabina no tasado pericialmente por el que esta perjudicada reclama. Las personas a las que se sustrajo dinero metálico en dicho restaurante reclaman por las



cantidades sustraídas, con la excepción de los perjudicados don Antonio , don Serafin , doña Justa , doña Leocadia , don Juan Enrique , doña Fátima , don Fidel , don Mauricio , doña Irene , doña Vicenta , don Nazario y doña Leonor , quienes renunciaron expresamente a toda indemnización durante sus respectivas declaraciones en el acto del juicio. A los respectivos propietarios de los vehículos matrícula X-.....XH ; Q-.....QX y Y-.....YS se les hizo entrega de éstos en concepto de depósito provisional.

Los procesados Ambrosio , Cesar y Jesus Miguel estuvieron en prisión provisional por estos hechos desde el día 20 de marzo de 2000 hasta el día 6 de noviembre de 2001" (sic).

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: 1.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de ROBO CON INTIMIDACIÓN previsto y penado en los artículos 237, 242.1 y 2 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de ATENTADO A AGENTES DE LA AUTORIDAD CON USO DE ARMAS previsto y penado en los artículos 550, 551.1 y 552.1.<sup>a</sup> del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un DELITO CONTINUADO DE DAÑOS previsto y penado en los artículos 263 y 74 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de QUINCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de NUEVE EUROS.

4.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito de LESIONES CAUSANTES DE PÉRDIDA DE UN SENTIDO previsto y penado en el artículo 149 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

5.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de DOS DELITOS DE DETENCIÓN ILEGAL previsto y penado en los artículos 163.1 y 2 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN POR CADA UNO de las (sic) dosdelitos de detención ilegal cometidos, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

6.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Jesus Miguel como autor criminalmente responsable de un delito TENENCIA DE ARMAS PROHIBIDAS previsto y penado en el artículo 563 del Código Penal , en relación con el artículo 5.1 g del Reglamento de Armas , con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del artículo 22.2.<sup>a</sup> del Código Penal y de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del artículo 21.6 .<sup>a</sup> del mismo cuerpo legal, como muy cualificada, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

7.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados don Jesus Miguel , don Ambrosio , don Cesar , doña Sandra , doña Estela , y doña Maite como autores criminalmente responsables de un delito de receptación previsto y penado en el artículo 298.1 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6.<sup>a</sup> del Código Penal , a la pena de CINCO MESES DE PRISIÓN, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

8.- Que debemos condenar y condenamos a la acusada Ofelia como autora criminalmente responsable de un delito de SIMULACIÓN DE DELITO previsto y penado en el artículo 457 del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica muy cualificada de dilaciones indebidas del artículo 21.6.<sup>a</sup> del Código Penal , a la pena de CINCO MESES DE MULTA, con una cuota diaria de NUEVE EUROS, y una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas.



9.- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS LIBREMENTE a los procesados Ambrosio y Cesar del delito de robo con intimidación con uso de armas, del delito de atentado con uso de armas, del delito continuado de daños, del delito de lesiones, de los tres delitos de detención ilegal, del delito de depósito de munición de guerra del artículo 566.1.1º primer inciso en relación con el artículo 567.4 del Código Penal y en relación con el artículo 6.1.b) del Reglamento de Armas , y del delito de tenencia de armas prohibidas del artículo 563 del Código Penal , por los que venían siendo acusados en esta instancia; con todos los pronunciamientos favorables inherentes a dicho fallo absolutorio.

10.- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS LIBREMENTE al acusado Jesus Miguel de uno de los delitos de detención ilegal por el que ha sido acusado en esta instancia y del delito de depósito de munición de guerra del artículo 566.1.1 .º primer inciso en relación con el artículo 567.4 del Código Penal y en relación con el artículo 6.1.b) del Reglamento de Armas por el que igualmente venía siendo acusado.

11.- Debemos condenar y condenamos a Jesus Miguel a indemnizar a los siguientes perjudicados en las cantidades que seguidamente se indican:

A don Primitivo en la cantidad de 6.000 euros por las lesiones padecidas y en la suma de 600.000 euros por las lesiones sufridas.

A don Domingo en la cantidad de 138,23 euros.

A don Gervasio en la cantidad de 42,07 euros.

A don Lucas en la cantidad de 114,19 euros.

A don Aureliano en al cantidad de 240,40 euros.

A don Felipe , en la cantidad de 60,10 euros.

A don Luciano , en la cantidad de 234,39 euros.

A doña Serafina , en la cantidad de 90,15 euros.

A doña Asunción , en la cantidad de 174,29 euros.

A don Casimiro , en la cantidad de 36,06 euros.

A doña Apolonia .

A doña Salome , en la cantidad de 90,15 euros.

A doña Florinda , en la cantidad de 36,06 euros.

A don Bruno , en la cantidad de 134,22 euros.

A don Hipolito , en la cantidad de 96,16 euros.

A doña Encarna , en la cantidad de 90,15 euros.

A don Agapito , en la cantidad de 30,05 euros.

A don Fulgencio , en la cantidad de 102,07 euros.

A don Oscar , en la cantidad de 132,22 euros.

A don Jose Ignacio , en la cantidad de 228,38 euros.

A don Carlos Daniel , en la cantidad de 210,35 euros.

Todas estas indemnizaciones devengarán el interés moratorio procesal establecido ene l artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde la fecha de la presente sentencia.

12.- El dinero intervenido en la presente causa deberá aplicarse al pago de las responsabilidades civiles que han quedado expresadas.

13.- Acordamos dejar sin efecto el depósito provisional de las carteras, bolsos, relojes, joyas y vehículos en su día acordado.

14.- Acordamos asimismo que se restituya a los siguientes perjudicados las joyas intervenidas que éstos han reconocido como suyas:

Así, a doña Celestina , tres anillos y una pulsera de oro; a doña Gloria , un anillo de oro de la marca TOUS y un cordón de cuero; a don Luis , un sello de oro con detalle de color negro; y a doña Esperanza , un cordón de oro.



15.- Condenamos al acusado don Jesus Miguel al pago de ocho veinticincoavas partes de las costas procesales causadas en la presente instancia (con inclusión de las devengadas por la acusación particular), y condenamos asimismo a don Ambrosio , don Cesar , doña Estela , doña Maite , doña Sandra y doña Ofelia a abonar, cada uno de ellos, una veinticincoava parte de las costas procesales causadas en la presente instancia (con inclusión de las devengadas por la acusación particular); declarándose de oficio las otras once veinticincoavas partes de las costas.

16.- Para el cumplimiento de las penas de prisión impuestas en la presente sentencia se abonará a los procesados Ambrosio , Cesar y Jesus Miguel todo el tiempo que hayan permanecido privado de libertad en la presente causa, siempre que dicha privación cautelar de libertad no haya sido ya computada en otras causas" (sic) .

**Tercero** .- En fecha 8 de junio de 2009, la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta) dictó Auto de aclaración de la sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, Rollo de Sala núm. 2/2003 que contenía la siguiente **PARTE DISPOSITIVA**:

"LA SALA RESUELVE: HABER LUGAR A RECTIFICAR LA SENTENCIA dictada por este Tribunal en fecha 29 de mayo de 2009 , en el marco del Procedimiento Ordinario para el que se ha formado el Rollo de Sala núm. 2/2003, para subsanar el error material puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal así como el error material advertido de oficio por esta misma Sala, en los siguientes términos:

1.- El párrafo tercero del Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia (situado en la página 75 de dicha resolución), que en el texto firmado y notificado a las partes aparece redactado en los siguientes términos:

"En aplicación de la regla 7ª. del artículo 66 CP este Tribunal se inclina por imponer a Jesus Miguel por este delito la pena de tres años, sin hacer uso de la facultad de rebajar la pena hasta un grado, en atención al elevado número de víctimas del robo."

tras la rectificación operada, queda sustituido por el que sigue:

"En aplicación de la regla 7ª. del artículo 66 CP este Tribunal se inclina por imponer a Jesus Miguel por este delito la pena de tres años, **haciendo un uso moderado** de la facultad de rebajar la pena hasta un grado, en atención al elevado número de víctimas del robo."

2.- El segundo párrafo de la página 45 de la sentencia (perteneciente al Fundamento de Derecho Tercero) que en el texto firmado y notificado a las partes aparece redactado en los siguientes términos:

"Si a ello se añade que en esta conversación la mujer interpela a su interlocutor con el apelativo de " Avispado " que es uno de los dos apodos con los que (según razonaremos más abajo) se conoce a Jesus Miguel , y que, al ser detenidos el día 17 de marzo de 2000 todos los moradores del domicilio de Alcampell, ninguno de ellos (y, por tanto, tampoco los otros dos varones, hoy también acusados, que se encontraban en esa casa) presentaban ninguna herida visible, la conclusión no puede ser otra que el varón que afirma tener una herida en proceso de cicatrización y que confía en que no se vea la cicatriz en dos o tres semanas ha de ser identificado como Jesus Miguel " .

tras la rectificación operada, queda sustituido por el que sigue:

"Si a ello se añade que en esta conversación la mujer interpela a su interlocutor con el apelativo de " Avispado " que es uno de los dos apodos con los que (según razonaremos más abajo) se conoce a Jesus Miguel , y que al ser detenidos el día 17 de marzo de 2000 todos los moradores del domicilio de Alcampell ninguno de ellos - **salvo Jesus Miguel** - (y, por tanto, tampoco los otros dos varones, hoy también acusados, que se encontraban en esa casa) presentaban ninguna herida visible, la conclusión no puede ser otra que el varón que afirma tener una herida en proceso de cicatrización y que confía en que no se vea la cicatriz en dos o tres semanas ha de ser identificado como Jesus Miguel " .

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes indicándoles que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 7 del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , contra el auto en que se resuelve acerca de la aclaración de sentencia no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto a que se refiera la solicitud o actuación de oficio del tribunal" (sic).

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

**Quinto**.- La representación legal del recurrente Jesus Miguel , basa su recurso en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:





**I.**- Al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, denuncia la inconstitucionalidad del recurso de casación. **II** .- Por vulneración del art. 24.2 CE -presunción de inocencia-, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **III** .- Por vulneración del art. 18.3 CE - secreto de las comunicaciones-, en relación con el art. 5.4 LOPJ. **IV** .- Por igual vía, vulneración del art. 18.2 CE -inviolabilidad de domicilio-. **V** .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del art. 24 CE -derecho a la prueba e indefensión-. **VI** .- Al amparo del art. 851.3 LECrim, por incongruencia omisiva. **VII** .- Infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba. **VIII** .- Al amparo del art. 849.1 LECrim , por inaplicación del art. 21.2 del CP, en relación con el 20.2 del mismo texto legal. **IX** .- Al amparo del art. 849.2 LECrim , por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

**Sexto.**- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 19 de octubre de 2009, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

**Séptimo.**- Por Providencia de fecha 28 de enero de 2010 se declaró el recurso admitido y quedando **conclusos los autos para señalamiento dedeliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

**Octavo.**- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la VISTA del art. 893 bis a) de la LECrim, el día 17 de febrero de 2010 .

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1** .- Por la representación legal de Jesus Miguel se formalizan nueve motivos de casación contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , que condenó a aquel como autor de un delito de robo con intimidación, atentado, delito continuado de daños, lesiones, dos delitos de detención ilegal y un delito de tenencia de armas prohibidas.

**2** .- El primero de los motivos, al amparo de los art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia la inconstitucionalidad del recurso de casación, en la medida en que impone una reducción del significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, al no reconocer el derecho a una doble instancia.

El motivo no es viable.

La doctrina de esta Sala al respecto ya ha sido fijada con la suficiente uniformidad. En efecto, en las SSTs 749/2007, 19 de septiembre y 742/2009, 30 de junio , recordábamos que es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un *desideratum* hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal. Y así está aconteciendo, tanto en el orden jurisprudencial como en el legislativo. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido abriendo de forma paulatina el ámbito cognitivo del recurso de casación, haciendo posible -según algunos, en perjuicio de la función nomofiláctica que le es propia-, un ensanchamiento de su funcionalidad histórica en beneficio de las garantías constitucionales del recurrente. También así ha sido entendido por el legislador español, que en su reforma de la LOPJ, operada mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre , ha llevado a cabo una reordenación de la planta judicial para acomodar ésta a las exigencias derivadas del principio de la doble instancia.

Esa compartida necesidad de reforma de nuestro sistema procesal, que generalice la doble instancia y haga del recurso de casación un recurso para la unificación de doctrina, se dibuja como algo irreversible.

Cuestión distinta es que las alegaciones que hasta entonces se formulan lamentando la efectiva reordenación de nuestro sistema, hayan de ser necesariamente acogidas. La impugnación basada en la ausencia de doble instancia ha de ser resuelta conforme al estado actual de nuestra legislación, completado con la jurisprudencia que complementa aquélla.

La STS 429/2003, 21 de marzo compendia el actual estado de la cuestión en relación con esta materia. En ella se recuerda que la Junta General de Sala de 13 de septiembre de 2000 tras examinar el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20 de julio de 2000 en relación con el cumplimiento por España de lo prevenido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 ) se pronunció en el sentido de que el actual recurso de casación español permite controlar la racionalidad observada en la determinación de los hechos probados siendo posible una revocación de la sentencia condenatoria y cumpliendo ampliamente con las exigencias mínimas de la doble instancia debiéndose ser considerado como un recurso efectivo en los términos del art. 14.5 del Pacto y en tal sentido se puede citar el Auto de 14 de diciembre de 2001 en el que se detallan in extenso las razones del porqué con la actual casación cumple con las existencias del art. 14.5 del Pacto , y en el mismo sentido la STC de 3 de abril de 2002 (RTC 2002, 70) que reiterando otras cuestiones, alude a la asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la culpabilidad y pena impuesta que exige el artículo citado que tampoco viene a demandar una íntegra repetición del juicio ante el Tribunal de apelación, bastando con que el Tribunal



Superior pueda controlar la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de la culpabilidad y la imposición de la pena en concreto, lo que cabe hacerlo con la actual casación. En el mismo sentido pueden citarse las SSTC 42/82 , 76/82 y 60/85 , SSTS 133/2000 de 16 de mayo y de esta Sala 1822/2000 de 25 de abril y 867/2002 de 29 de julio , entre otras muchas.

Por último es de interés dejar expuesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Loewenguth* y *Deperrios* , que fueron inadmitidos, respectivamente, el 30 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000 , considera que en el *artículo 2 del Protocolo número 7º* los Estados Parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir el alcance de este último; además, en muchos Estados el mencionado reexamen se encuentra igualmente limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de recurrir en casación responde a las exigencias del *artículo 2 del Protocolo nº 7 del Convenio* . ( STS 587/2006, 18 de mayo ).

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim ).

**3 .-** El segundo de los motivos, también al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

A juicio de la defensa del recurrente, éste habría sido condenado sin prueba de cargo suficiente, habiéndose valorado la prueba de forma arbitraria y sin sujeción a las máximas de experiencia, excediéndose el Tribunal *a quo* en juicios valorativos que le han permitido, valiéndose de premisas no probadas, concluir la autoría de Jesus Miguel . La sentencia recurrida - se razona- ha efectuado un verdadero ejercicio de creación fáctica y jurídica, pues " *... antes del proceso y durante el proceso, lo único que podemos afirmar que existe propiamente son percepciones sobre los hechos que se convierten en afirmaciones al llegar al proceso*" (sic).

La defensa emprende un laborioso proceso crítico de análisis de los distintos indicios valorados por los Jueces de instancia, ofreciendo su particular valoración de los mismos y analizando la fuerza probatoria de lo que considera *contraindicios* , concluyendo así la inocencia del recurrente. Buena parte de su argumentación está condicionada a la aceptación por esta Sala de la alegada nulidad de las escuchas telefónicas y del registro practicado en el domicilio de Jesus Miguel .

El motivo no puede ser acogido.

La doctrina de esta Sala sobre la fiscalización casacional de una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es bien clara. El papel de esta Sala no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a su consideración, cuál de ellas resulta más atractiva. No se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que, con carácter alternativo, formula el recurrente. No nos incumbe decidir, mediante un juicio electivo, con cuál de las versiones la Sala se siente más identificada. Nuestro papel, por el contrario, se limita a un examen de la existencia, la licitud y la suficiencia de las pruebas valoradas por el Tribunal *a quo*. Estamos obligados, además, a fiscalizar la racionalidad del discurso argumental mediante el que el órgano decisorio proclama el juicio de autoría (cfr., por todas, SSTS 790/2009, 8 de julio , 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril ).

En el supuesto de hecho que nos ocupa, la Audiencia Provincial verifica un proceso de apreciación probatoria a partir de unos indicios que son valorados por los Jueces de instancia de forma absolutamente ejemplar. Con una metodología respetuosa con el significado constitucional del derecho a la presunción de inocencia, la sentencia cuestionada analiza los plurales indicios que se proyectan inicialmente sobre los tres imputados para descartar la significación incriminatoria respecto de los dos acusados que resultaron absueltos, centrando sus esfuerzos argumentales en aquellos otros indicios que apuntaban directamente a Jesus Miguel .

a) Destaca el órgano decisorio el hecho cierto de que el acusado presentaba una herida redondeada de 5 a 7 milímetros, prácticamente cicatrizada y todavía cubierta por un vendaje que era visible en el momento de su detención. Pone en relación ese hecho " *... con el intercambio de disparos que se produjo entre dos asaltantes y los agentes de la Guardia Civil a la salida del restaurante, y con el hecho de que, tanto en el vehículo Ford Orion como en el vehículo Volvo, utilizados ambos por los autores del robo durante su huida, en la camisa del dueño del restaurante, que iba sentado dentro del Ford Orion junto a uno de los asaltantes durante un breve trecho de la huida, se encontraron rastros de sangre pertenecientes a un único y mismo varón*".

El Tribunal *a quo* explica las pruebas que le han llevado a la convicción precisa para la afirmación de ese hecho: " *... Que el procesado Jesus Miguel presentaba, en el momento de su detención ocurrida el día 17 de marzo de 2000, en su mano izquierda, cubierta por un vendaje, <una herida redondeada en la eminencia tenar (palmar) de 5-7 milímetros, oscura y casi cicatrizada> ha quedado acreditado tanto por su propia declaración (en que reconocía la existencia de esta herida) como por la prueba pericial documentada consistente en el*



certificado médico-forense emitido por el médico don Marcial (que obra al folio 295 de las actuaciones y en el que se describe la herida que presentaba este procesado en los términos arriba reproducidos). [...] Que entre un asaltante encapuchado de complexión voluminosa y el agente de la Guardia Civil núm. NUM000 se produjo un intercambio de disparos ha quedado acreditado por las declaraciones testimoniales de don Primitivo (en el momento de los hechos; agente de la Guardia Civil núm. NUM001 ) y del propio agente núm. NUM000 . [...] Y que en el vehículo Ford Orion, de color gris, matrícula X-....-XH y en el vehículo Volvo, de color blanco, matrícula Y-....-YS , utilizados por los asaltantes durante su huida, y en la camisa portada por don Antonio se encontraron restos de sangre de varón pertenecientes a una misma persona ha quedado acreditado por la prueba documental consistente en el informe de la inspección técnico-ocular practicada en relación a dichos vehículos (informe obrante a los folios obrante a los folios 147 a 190 de la causa y que fue ratificado por los agentes que lo emitieron) y la prueba testifical consistente en la declaración de don Antonio , puestas en relación con el resultado de la prueba pericial consistente en el examen de los funcionarios de la Guardia Civil con tarjeta de identificación personal núms. NUM016 e NUM017 , quienes ratificaron el informe analítico-biológico obrante a los folios 819 a 834, en el que se hace constar que la sangre de todas las muestras (muestras de sangre recogidas en los indicados vehículos y en la camisa que portaba don Antonio cuando iba en uno de los vehículos como rehén) pertenece a un mismo varón" .

b) La sentencia se detiene también en el significado de un segundo indicio representado por el hecho de que el recurrente tenía ya la indicada herida el día 11 de marzo de 2000, es decir, con posterioridad al desarrollo de los hechos que tuvieron lugar en el restaurante " Masía Mas Granell". Para ello, toma en consideración el contenido de una conversación telefónica en la que una mujer habla con un varón al que llama " Avispado " - que es uno de los apelativos por el que se conoce a Jesus Miguel -, en el transcurso de la cual el varón afirma "... y yo herío", a lo que su interlocutora contesta "... sí en tres semanas o más", confirmando la voz de hombre que "... dos o tres semanas de la manera que va, la cicatriz ya no se verá".

c) De especial valor incriminatorio es el indicio que expresa la secuencia que tuvo por escenario el domicilio de Alcampell, lugar al que se habían trasladado los acusados después de los hechos, en el momento en el que la Guardia Civil llama por megafonía a los moradores a fin de que bajaran a la calle. La Audiencia destaca el valor ofrecido por una conversación, transcrita al folio 511 de las actuaciones y que fue escuchada en el acto del juicio oral, razonando en los siguientes términos: "... el día 17 de marzo de 2000, cuando los agentes de la Guardia Civil que acudieron al domicilio de Alcampell acompañando a la comisión judicial dieron a conocer su presencia y requirieron a los acusados para que salieran de la casa, en el teléfono núm. 649.14.15.38 (situado en el interior de la casa) se registró una conversación en la que, en medio de llantos y gritos, una de las acusadas le indicó a Jesus Miguel <que dijera que se había caído o alguna otra excusa>, en clara alusión a la herida todavía visible y vendada que éste presentaba en su mano izquierda, ha quedado acreditado a través de las siguientes pruebas".

La prueba de que esa mujer se está refiriendo al recurrente -al que llama con voz apremiante Pulpo , sugiriéndole que mienta acerca del origen de la herida-, la obtiene el Tribunal a quo a partir de un razonamiento que esta Sala no puede tachar de irracional o contrario a las reglas de la lógica: "...de esta conversación se infiere, por un lado, que el apodado como < Pulpo > estaba presente en la vivienda sita en el número en el núm. NUM013 de la CALLE002 de Alcampell en el momento en que la Guardia Civil, junto a la comisión judicial, se personó en dicho domicilio para practicar la diligencia de entrada y registro, y por tanto, es uno de los tres varones que son hallados por la Guardia Civil en dicha vivienda y más tarde detenidos. [...] Y, por otro lado, de la frase apremiante que dirige la interlocutora que se halla en el interior de la vivienda de Alcampell al apodado < Pulpo >: <¡ Pulpo !, di que te has caído o algo> completada por la sugerencia introducida por la otra mujer que interviene en la conversación "con un hierro" -en clara alusión a que la mejor explicación que podía dar < Pulpo > a su herida sería decir que se la había causado con un hierro- se infiere que este apodado < Pulpo > presentaba algún tipo de herida o lesión incriminatoria o comprometedor que iba a poder ser detectada por los agentes policiales y para la que convenía inventar de inmediato alguna explicación exoneratoria, lo cual, unido al hecho de que el único de los tres detenidos varones en el que se detectó una herida es Jesus Miguel (que presentaba la herida redondeada que ya ha quedado descrita en la eminencia tenar -palmar- de la mano izquierda, de 5-7 milímetros, oscura y casi cicatrizada), herida que este procesado explicó atribuyéndolo a un accidente como consecuencia de la manipulación de chatarra, nos lleva a la conclusión obligada de que, de los tres varones detenidos en la vivienda de Alcampell ( Jesus Miguel , Ambrosio y Cesar ), el que recibe el apodo de < Pulpo > es Jesus Miguel " .

Esa conclusión, a su vez, se refuerza con el contenido de otra conversación que la sentencia transcribe en los folios 48 a 50 y que recoge el diálogo que tuvo el recurrente, con un varón, el día 13 de marzo de 2000, interesándose por unas armas y municiones que Jesus Miguel tenía interés en adquirir. La mención de Maite , mujer de Jesus Miguel , así como la referencia a las complicaciones de su embarazo, llevan a la Sala a



concluir, con toda lógica, que la persona a la que ese desconocido interlocutor llama " Pulpo ", no es otra que el propio Jesus Miguel .

d) La Sala de instancia ha valorado de modo especial la negativa del acusado a someterse a las pruebas de ADN precisas para acreditar si los restos de sangre que fueron hallados en los vehículos usados por el acusado, que apuntan a que dicha sangre podía provenir de la herida redondeada que presentaba aquél el día de su detención, tenían los mismos marcadores genéticos que los de Jesus Miguel .

La defensa -que pone el acento en el hecho de que en el automóvil no fueran reveladas huellas del recurrente- censura la inferencia de la Sala de instancia con el argumento de que *"... la acusación podía haber cuestionado dicha prueba y en todo caso, a los efectos de dilucidar la autoría de los procesados, solicitar al Tribunal el correspondiente oficio a los centros hospitalarios para que informaran sobre este extremo"* (sic). Para justificar la negativa del Jesus Miguel , añade que se trata de *"... una prueba que sin duda vulnera el derecho a la integridad de cualquier ciudadano, no estando obligado ni el Sr. Jesus Miguel ni nadie a someterse a su práctica"*.

No podemos coincidir con tal razonamiento.

La prueba de ADN, incluso con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que acabó con la previgente situación de anomia legislativa, no implica, desde luego, una exigencia de autoincriminación. En palabras del TC, *"... las pruebas de detección discutidas - se está refiriendo a las pruebas de precisión alcoholométrica -, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente"* ( STC 161/1997, 2 de octubre ).

Tampoco conllevan una vulneración del derecho a la integridad física que no esté constitucionalmente legitimada. Es cierto que, en algunas ocasiones, la obtención de muestras corporales puede implicar una afectación, siquiera leve, de ese derecho a la incolumidad. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, ese derecho no puede considerarse, en modo alguno, absoluto. Como apunta la STC 207/1996, 16 de diciembre , *"... la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1 , no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (-art. 18.2 y 3 CE -), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi ( STC 37/1989 , fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas"* . La simple lectura de los arts. 363 párrafo 2º y 326 párrafo 3º de la LECrim, ponen de manifiesto la suficiente cobertura legislativa y, por tanto, el cumplimiento de las exigencias inherentes al principio de legalidad para la limitación de derechos fundamentales.

Sentada la incuestionable legitimidad de la prueba de ADN, la valoración jurisdiccional de la negativa del acusado a someterse voluntariamente a la extracción de muestras de contraste, ha sido también objeto de tratamiento en la jurisprudencia de esta Sala. Paradójicamente, es en el ámbito de la jurisdicción civil donde las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a esas pruebas se contemplan con mayor rigor. De hecho, en materia de acciones de filiación, el art. 767.4 de la LEC llega a afirmar que *"... la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios"*.

En el ámbito penal, la STS 1697/1994, 4 de octubre , valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN, en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria *"... apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción «iuris tantum» de inocencia consiste"*. En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero , recordó que *"... cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador"* . Puede también traerse a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de



1996 ( caso *Saunders versus Reino Unido* ), que en su párrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina.

Y esto es, sin duda, lo que ha acontecido en el supuesto que nos ocupa. El acusado-recurrente expresó su negativa a someterse a la prueba de ADN, alegando que "... así se lo había aconsejado su Abogado". Es cierto que esa negativa no hace sino expresar el libre ejercicio del derecho del imputado a no colaborar en la obtención de las pruebas de cargo. Pero también es cierto que el Tribunal *a quo* puede valorar esa negativa de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia constitucional y de esa misma Sala.

En el ámbito del proceso penal, el imperio del art. 24.2 de la CE, al reconocer el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo, impide al órgano jurisdiccional, en aquellos casos en los que el imputado se niega a declarar, interpretar el ejercicio de este derecho como una causa que exonere al Ministerio Fiscal del desafío probatorio que asume desde el inicio de las investigaciones.

Más allá de la discutible calificación por algunos de ese silencio o de las explicaciones inverosímiles como *indicios endoprocesales*, lo cierto es que su adecuada ponderación es obligada, no como indicio o contraindicio, sino como elemento de respaldo de la inferencia probatoria obtenida por el Tribunal a partir de los verdaderos indicios. Reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000 de 15 de noviembre, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad -ellos mismos, y por sí mismos- de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia.

Es ese recorrido metodológico el que emplea el Tribunal de instancia para formular el juicio de autoría. La negativa de Jesus Miguel a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero sí puede ser valorada por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el recurrente es autor de los delitos imputados. Está fuera de dudas que la declaración de responsabilidad del acusado está respaldada por otros muchos indicios que son expuestos y sistematizados con ejemplar pulcritud por los Jueces de instancia.

De ahí que el tesón dialéctico de la defensa, encaminado a demostrar la equivocación del Tribunal *a quo* esté condenada al fracaso.

e) La fundamentación jurídica de la sentencia recurrida -págs. 52 a 55- también se detiene en expresar los indicios que abonan la idea de que el recurrente era también conocido como *Avispado*, apelativo confirmado por uno de los testigos del atraco que oyó emplear esta expresión a uno de los asaltantes, así como por el testimonio de otros tres testigos, que constataron, al igual que el Tribunal, la complejidad de Jesus Miguel como la propia de una persona voluminosa.

f) El contenido de una de las conversaciones telefónicas mantenidas el día 13 de marzo de 2000 por Jesus Miguel con un proveedor de armas, así como las referencias a "... rápida corta", o "... calibre bastante grande", dan pie a la Sala a relacionar ese intercambio de frases con el hallazgo en el lugar de los hechos de tres vainas percutidas de calibre 9 milímetros Largo, de uso habitual en pistolas semiautomáticas.

g) También pondera el Tribunal el hecho de que, con ocasión del registro practicado en el domicilio del acusado, sito en la CALLE001 núm. NUM018 de La Granada, se encontró abundante munición del calibre 12, mientras que entre la munición percutida que se halló en el lugar de los hechos tras el tiroteo que tuvo lugar con ocasión de la huida del restaurante "*Masia Mas Granel*", también fue encontrada munición de ese calibre.

Por cuanto antecede, no puede sostenerse que la valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal *a quo* haya sido ilógica, irrazonable o arbitraria. La defensa ofrece una valoración alternativa a los indicios ponderados por la Audiencia Provincial. Está en su derecho, pero 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 fundamenta 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. STS 548/2009, 1 de junio).

4.- El tercero de los motivos se formaliza con la cobertura que ofrecen los preceptos que permiten denunciar infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 y 852 de la LECrim), vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 de la CE.

La defensa de Jesus Miguel no cuestiona la autenticidad de los DVDs en los que se han volcado las conversaciones que fueron objeto de interceptación y seguimiento. Tampoco duda de la integridad de los archivos en el momento de su volcado desde el sistema operativo del que se han valido los agentes para la práctica de las escuchas. Sus quejas no se centran, en fin, en las dudas que pudieran suscitarse con origen en la ausencia de cualquier sistema de sellado electrónico que salvaguarde la incolumidad de los archivos de sonido procedentes de las grabaciones. Nuestro ámbito cognitivo, pues, se limita a los términos en que la impugnación ha sido delimitada por la parte recurrente, que mira fundamentalmente a los siguientes extremos:

a) Que el cotejo de las transcripciones de las grabaciones efectuadas se realizó por el Secretario Judicial del Juzgado de instrucción sin convocar a las partes para la práctica de dicha diligencia de audición; b) que no consta que el Juez de instrucción seleccionara los fragmentos de las conversaciones que debían ser transcritas; c) tampoco consta que el Juez llevara a cabo un verdadero control y seguimiento de las grabaciones; d) que el auto por el que se autorizan las escuchas telefónicas no fue debidamente notificado al Fiscal.

Sin embargo, no tiene razón el recurrente.

Como la propia defensa reconoce, la transcripción de las grabaciones fue efectuada por el Secretario Judicial. Así se desprende de la diligencia extendida por el fedatario al folio 1.515. El hecho de que no fueran convocadas las partes a una audiencia no vulnera el contenido material del derecho que se dice infringido. En nuestra STS 3928/2007, 29 de mayo -con cita de la STS 1213/2004, 28 de octubre- recordábamos que el aludido control de la práctica de las intervenciones por la autoridad judicial no exige la necesaria audición personal de las cintas. En línea similar, la STS 1186/2006, 1 de diciembre, proclama que las transcripciones, cotejo y audiciones de las cintas grabadas no tiene por qué realizarlas el Juez en la fase instructora.

Sí ha existido un verdadero control judicial de la medida, pues tales prevenciones se adoptaron en los autos habilitantes, tal y como razona el Tribunal *a quo* en el FJ 1º de la resolución impugnada: *"... en su parte dispositiva adoptan una serie de garantías y cautelas reveladoras de la efectividad del control judicial sobre dichas intervenciones (así, en el primer auto autorizante se ordena a los funcionarios de policía que den cuenta inmediata de toda incidencia relevante que surja como consecuencia de la intervención; y que comuniquen 48 horas antes de la finalización del plazo si estiman precisa su prórroga y aporten, en todo caso, los originales de las grabaciones efectuadas, junto con una transcripción de aquellas que estimaran pueden interesar a la investigación; y el segundo auto autorizante ordena a la Guardia Civil que dé semanalmente cumplida cuenta de los resultados obtenidos con la intervención -garantías que han sido efectivamente cumplidas, según se advierte a través del examen de las diligencias-"*.

Si consideramos, además, que las grabaciones fueron efectivamente aportadas al Juzgado, quedando unidas a las actuaciones y, por tanto, a disposición de las partes y que algunos de los fragmentos fueron reproducidos como prueba documental en el acto del juicio oral, la conclusión no puede ser otra que el rechazo de las



alegaciones del recurrente referidas a la falta de control judicial de las escuchas autorizadas por el Juez instructor.

Igual rechazo ha de correr la línea argumental que acentúa la falta de notificación al Ministerio Fiscal de los autos en los que se acuerdan las escuchas telefónicas autorizadas. El contenido material del derecho al secreto de las comunicaciones es ajeno a la exigencia de un acto formal de comunicación al Ministerio Fiscal. El razonamiento en contrario desconoce que el Fiscal no necesita de un acto formal de invitación al proceso. Su presencia es institucional, por más que adopte la condición de parte formal. Conviene tener presente que conforme al art. 306 de la LECrim, los Jueces de instrucción formarán los sumarios bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente. Añade el art. 308 que "... *inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del fiscal de la respectiva Audiencia*". Basta, en fin, una lectura del espacio funcional que el art. 773 de la LECrim atribuye al Ministerio Fiscal para concluir que su presencia en la fase de investigación y, por tanto, el eficaz ejercicio de las funciones que le incumben, no puede condicionarse al hecho de que exista constancia en la causa de un acto formal de comunicación. La presencia del Ministerio Fiscal en la fase de investigación de un proceso penal incoado para el esclarecimiento de delitos públicos, no está condicionada a que el Juez de instrucción tenga a bien convocar al Fiscal para hacerle partícipe de las resoluciones interlocutorias que vaya adoptando. Confirma esta idea el art. 777 de la LECrim, que impone al instructor el deber institucional de *dar cuenta* al Fiscal de la incoación de las diligencias previas y de los hechos que la determinen o el art. 772 de la misma ley procesal, que exige de la Policía, en el momento de extender el atestado, remitir copia al Ministerio Fiscal. En definitiva, no es la existencia de un acto formal de comunicación, practicado conforme a las reglas generales, la clave para entender si el Fiscal ha tenido noticia del acto limitativo de la inviolabilidad de las comunicaciones y, por tanto, para concluir si la legitimidad constitucional de las escuchas puede o no proclamarse.

Esta Sala ya ha resuelto alegaciones en el mismo sentido, (cfr. SSTS 578/2009, 22 de mayo, 1013/2007, 26 de noviembre, 793/2007, 4 de octubre, 138/2006, 31 de enero y 1246/2005, 31 de octubre), desestimando la tesis de que la falta de notificación al Ministerio Fiscal del auto limitativo integre una vulneración del contenido sustancial del derecho proclamado en el art. 18.3 de la CE. A la doctrina sentada en aquéllas conviene ahora remitirse.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

**5 .-** El cuarto de los motivos, con la misma cobertura que los precedentes, denuncia infracción del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la CE.

A juicio de la defensa, esa vulneración habría estado originada por el hecho de que el auto no se notificó a ninguno de los detenidos, impidiendo así su presencia en el acto material del registro. Además, no estuvo presente testigo alguno.

El motivo está abocado al fracaso.

El auto dictado por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Vilafranca del Penedés, en el cual se acuerda la entrada y registro de las viviendas sitas en la DIRECCION000, CALLE000 núm. NUM010, en la CALLE001 núm. NUM018, casa de la localidad de Granada-Barcelona- y calle en la CALLE002 núm. NUM013 de la localidad de Alcampell, en Huesca, se ajusta plenamente a las exigencias constitucionales para legitimar el acto de injerencia en la intimidad domiciliaria de los imputados. La petición cursada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado se apoya en un más que razonado oficio -folios 209 a 213- dirigido por la Comandancia de Barcelona, Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil y en el que se da cuenta de las pesquisas seguidas con ocasión del esclarecimiento de los hechos acaecidos en el restaurante *Mirador de las Cavas*.

Respecto de la alegada nulidad basada en la falta de presencia de alguno de los titulares o moradores pese a encontrarse éstos detenidos, la Audiencia razona el rechazo de esta alegación con una argumentación que esta Sala tiene que compartir. En efecto, en la fecha en que se dictó el auto que autorizaba la entrada y registro en las tres viviendas afectadas -día 16 de marzo de 2000- ninguno de los moradores se hallaba detenido. A ello debemos añadir que esa resolución ordenó la práctica de tres diligencias en la misma fecha -por razones de eficacia y utilidad de la medida-, dos de ellas mediante constitución de la comisión judicial, integrada por el Juez de instrucción y el Secretario del Juzgado de Vilafranca del Penedés, y la tercera, previa solicitud de auxilio judicial, mediante constitución de la comisión judicial integrada por el Juzgado de instrucción de Monzón. El domicilio de Alcampell -se razona en el FJ 2º- dista varios centenares de kilómetros de los otros dos; lo que justifica que se practicaran sin la presencia de sus moradores, que acababan de ser detenidos a varios centenares de kilómetros en un domicilio que estaba siendo objeto de simultáneo registro.

Esta Sala ha examinado las actas de entrada y registro (art. 899 páf. 2 LECrim) y ha podido constatar cómo en dos de los registros se hallaban presentes dos testigos que firman el acta y en el tercero -el que motiva la queja



del recurrente- la diligencia fue practicada en presencia del ocupante e imputado Ambrosio . El argumento de la defensa, basado en la respuesta negativa ofrecida por éste a preguntas que le fueron formuladas en el juicio oral, no puede dejar sin efecto, sin otra prueba que neutraliza su contenido, el significado procesal de un acta en el que, bajo la fe del secretario, se afirma su presencia.

Con independencia de lo anterior, en nuestra sentencia 991/2007, 16 de noviembre , traíamos a colación la STC 219/2006, 3 de julio , en la que se afirma que constituye ya reiterada doctrina de este Tribunal que, una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que en su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen se mueven siempre en el plano de la legalidad ordinaria, por lo que el incumplimiento de las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal no afecta al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), «para entrar en el cual basta la orden judicial ( SSTC 290/1994 , y 309/1994 ; AATC 349/1988 , 184/1993 , 223/1994 ), ni tampoco a la efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE ) en sus diferentes facetas», sino en su caso a la «validez y eficacia de los medios de prueba» ( SSTC 133/1995, de 25 de septiembre, F. 4 ; 94/1999, de 31 de mayo, F. 3 ; 171/1999, de 27 de septiembre , F. 11).

Lo propio puede afirmarse respecto de la alegada ausencia de los interesados. La presencia de dos testigos y de uno de los imputados en el momento de practicar la diligencia, unida a la distancia que separaba los domicilios objeto de la intromisión, hacían más que razonable la forma en que tal acto de investigación se llevó a efecto. Sea como fuere, la presencia del detenido - decíamos en nuestra STS 960/2008, 26 de diciembre - se ciñe al ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías y no del derecho a la inviolabilidad del domicilio. [...] La presencia del imputado resultaría de utilidad a los efectos del principio de contradicción y el derecho de defensa, y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la ausencia de los interesados en las diligencias de entrada y registro es un problema de legalidad ordinaria y desvinculada de cualquier derecho fundamental ( STC 219/2006, de 3 de julio , que cita la STC 259/2005, de 24 de octubre ). Estas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establecen garantías de carácter legal, y no constitucional ( STC 82/2002, de 22 de abril ). La ligerísima merma de la contradicción queda plenamente subsanada por la posibilidad de interrogar a los presentes en el acto del juicio oral ( STC 219/2006, de 3 de julio ). No se ha producido vulneración de un derecho fundamental y tampoco de la legalidad ordinaria reguladora de la entrada y registro, ni de las medidas prescritas *ad hoc* en el auto judicial que autorizó el registro.

La ejecución del registro se efectuó, pues, acorde con la Ley. La ausencia del detenido estaba justificada porque se encontraba en una ciudad distante, lo que hacía razonablemente imposible su presencia, so riesgo de perjudicar la investigación y el auto fue notificado al morador presente. Y el que no se hubiese notificado a otros detenidos, no acarrea indefensión. La ausencia de notificación, por tanto, no ha mermado sus posibilidades de defensa.

El motivo tiene que ser desestimado (art. 885.1 LECrim ).

**6 .-** El quinto motivo sirve también de vehículo para denunciar, con invocación de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, vulneración del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE ), en relación con el derecho a la prueba y a la defensa, en cuanto proscripción de la indefensión (art. 24.1 CE ). Concluye el recurrente aduciendo que no existe prueba válida para la condena de Jesus Miguel , "... puesto que no existe prueba que acredite (su) intervención en las conversaciones telefónicas obrantes en autos".

El desarrollo del motivo -pese a la amplitud de su enunciado- se centra en la supuesta falta de identificación de la voz de Jesus Miguel , ante la ausencia de cualquier pericial fonética que permita la autenticidad subjetiva ( *sic* ) de esas conversaciones.

El motivo no puede prosperar.

Que las voces que son objeto de grabación han de quedar suficientemente identificadas, forma parte de la realidad misma de las cosas. En el proceso penal no caben percepciones intuitivas, más o menos audaces, que *sorteen* el contenido de conversaciones incriminatorias entre los distintos imputados. Sin embargo, decíamos en la STS 593/2009, 8 de junio , que la validez de las escuchas telefónicas no exige como presupuesto constitutivo el aval de un informe pericial que dictamine acerca de la coincidencia entre la voz registrada y la de aquella persona a la que esa voz se atribuye por la investigación. La posibilidad de alcanzar una convicción judicial sin necesidad de un dictamen pericial previo ha sido ya defendida por la jurisprudencia de esta Sala (cfr. STS 1286/2006, 30 de noviembre ), que también ha proclamado la no exigencia, con carácter general, de una comparecencia previa al juicio oral, con la correspondiente audición, con el fin de que los imputados pudieran reconocer o negar como propia la voz que había sido objeto de grabación (cfr. STS 537/2008, 12 de septiembre ). Es cierto que el órgano de enjuiciamiento no puede albergar duda alguna respecto de la autenticidad y la atribuibilidad de las voces. Pero su convicción no tiene por qué obtenerse necesariamente mediante el formato de una pericial o una comparecencia previa de audición.





En el presente caso, la Audiencia expresa en el FJ 3º -págs. 44 a 52- los elementos de juicio que le llevan a concluir de forma razonable y motivada, incluida la transcripción de varias conversaciones, que la persona que habla en ese momento no es otra que Jesus Miguel , el hoy recurrente. Los datos ofrecidos por la referencia a la herida padecida por éste, así como su corpulencia física y las vicisitudes del embarazo de " Canela ", su mujer, despejan cualquier duda acerca de la identidad del interlocutor.

Procede la desestimación del motivo por su manifiesta falta de fundamento (art. 885.1 LECrim ).

**7 .-** El sexto motivo de casación, al amparo del art. 851.3 de la LECrim , denuncia quebrantamiento de forma, incongruencia omisiva, por no resolver la sentencia todos los puntos que han sido objeto de defensa.

El desarrollo de este motivo se limita a imputar a los Jueces de instancia la no resolución de "... cada uno de los contraindicios, algunos de ellos de absoluta relevancia", que la defensa ofreció a la Sala.

El motivo no es viable.

De entrada, al resolver el segundo de los motivos formalizado por el recurrente ya advertíamos -FJ 3º- que la prueba indiciaria no excluye la concurrencia de otros indicios que actúen en dirección contraria a los que proclama la Sala sentenciadora. En este caso, además, la valoración de la prueba que llevan a cabo los Jueces de instancia puede considerarse ejemplar, con atención y respuesta a todos los indicios que convergían en la prueba de los hechos. Incluso esa operación valorativa llevó a la absolución de otros imputados, precisamente por el significado de los indicios ofrecidos por las respectivas defensas. De ahí que no exista la incongruencia denunciada.

Con independencia de ello, conforme a reiterada jurisprudencia de esta misma Sala, la incongruencia omisiva o fallo corto, acogido como vicio casacional denunciado por la vía del art. 851.3 , es atendible en aquellos casos en que el tribunal no se pronuncie sobre el contenido de la pretensión, silenciando aspectos esenciales para la adecuada calificación de los hechos, sin perjuicio de la posibilidad de una desestimación implícita respecto de aquellas cuestiones que no han sido acogidas por el órgano decisorio. Ese deber de atendimiento y resolución de cuantas pretensiones se hayan traído al proceso oportuna y temporáneamente, se halla íntimamente ligado del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de precisar que el verdadero ámbito de este motivo de impugnación, no es el de la omisión de elementos de hecho, sino el de pretensiones jurídicas, de modo que no puede reconducirse a tal argumento la no constatación o inclusión narrativa de aquellos datos de hecho que las partes quieran ver reflejadas en la sentencia, cuya falta habría de integrarse, en su caso, por la vía del art. 849.2 (cfr. STS 4839/2007, 25 de junio ).

El motivo, por tanto, ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim ).

**8 .-** Los motivos séptimo y octavo son susceptibles de tratamiento conjunto. El primero de ellos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim , aduce infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del Juzgador. Mediante el segundo, se busca una rectificación del juicio de subsunción -art. 849.1 LECrim - que acoja la grave adicción a sustancias estupefacientes como eximente incompleta o atenuante (arts. 20.2 y 21.1 del CP ).

Tales documentos estarían representados por los informes médicos acompañados con el escrito de conclusiones provisionales, en particular el informe médico de Jesus Miguel el día de su detención.

El motivo es inviable.

Se trata de una cuestión nueva no suscitada en la instancia, lo que impediría su valoración en sede casacional. Al margen de ello, el contenido de los informes médicos no autoriza, sin más, a sostener la alteración de la imputabilidad que reivindica la defensa.

En efecto, en el presente caso, la ofensa del bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, empujado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en nuestras sentencias 209/2008, 28 de abril y 4457/2007, 12 de junio - ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquéllas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (cfr. STS 28/2004, 1 de marzo ). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente reivindicada por el recurrente, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del CP , a saber, su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado. Y todo apunta a que la aplicación de la atenuante a Jesus Miguel supondría conferir a aquélla un carácter puramente objetivo, ligado a la simple constatación del consumo de cocaína, al margen de su verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad. Con ello se propugna una concepción de la atenuante de aplicación automática, ligada al segmento de la



población que, en uno u otro momento ha podido tener contacto con alguna sustancia estupefaciente. Y ello implica, desde luego, apartar la atenuación del fundamento que le es propio.

**9** .- El noveno motivo, al amparo del art. 849.2 de la LECrim denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas, al no haber valorado la Audiencia los informes médicos que atribuyen al acusado un retraso mental -oligofrenia-, lo que autorizaría la apreciación de los arts. 21.1 y 20.2 del CP .

También ahora nos encontramos con una cuestión nueva, no suscitada por el recurrente en la instancia y que pretende hacerse valer con el respaldo de dos informes médicos y una resolución administrativa. Sin embargo, como apunta el Ministerio Fiscal, la defensa se limitó a la aportación de esos documentos en el escrito de conclusiones provisionales, sin proponer prueba pericial alguna al respecto, lo que hace que su contenido no pueda tenerse por fehaciente, habiendo imposibilitado, además, su contradicción.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (arts. 884.4 y 885.1 LECrim ).

**10** .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Jesus Miguel** , contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2009, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona , en la causa seguida por los delitos de robo con intimidación, lesiones, detención ilegal, receptación, tenencia de armas y atentado, condenando al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, 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. Juan Saavedra Ruiz D. Perfecto Andrés Ibáñez D. José Manuel Maza Martín

D. Manuel Marchena Gómez D. Diego Ramos Gancedo

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