



Roj: **STS 3377/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3377**

Id Cendoj: **28079120012015100463**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2015**

Nº de Recurso: **10746/2014**

Nº de Resolución: **454/2015**

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

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Barcelona, Sección 7ª, 26-06-2014 ,  
STS 3377/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Florencio Oscar , Lucas Dionisio , Leonardo Victorio , Ricardo Eloy , Leon Lucio , Leon Victorino , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito pertenencia a grupo criminal, conspiración para la comisión de un delito de robo con intimidación en casa habitada; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida La Acusación Particular en representación de Victorino Jenaro , representado por el Procurador Pérez García, y dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Montero Reiter, Rego Rodríguez, Moreno Martín-Rico, Ruiz Esteban, Barragues Fernández, y Ruigomez Muriedas respectivamente.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 12 de Barcelona incoó Diligencias Previas con el número 4143 de 2011, contra Florencio Oscar , Lucas Dionisio , Leonardo Victorio , Ricardo Eloy , Leon Lucio , Leon Victorino , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Séptima, con fecha 26 de junio de 2014, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

*HECHOS PROBADOS: PRIMERO.- Probado y así se declara, que Leon Victorino mayor -de edad y ejecutoriamente condenado, entre otros, por delito de tenencia ilícita de armas en sentencia firme de fecha 18/05/2006 dictada por el Juzgado de lo Penal n° 17 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado 496/2002 a la pena de un año y cuatro meses de prisión que extinguió el día 30 de noviembre de 2010, ejecutoria 2303/2006 del Juzgado de lo Penal n° 24 de los de Barcelona y que se encuentra en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 25/11/2011, Florencio Oscar mayor de edad, que se encuentra en situación de prisión provisional por esta causa desde el día 25/11/2011 y que ha sido ejecutoriamente condenado, entre otros,*

*A) por delito de robo con fuerza cometido el 06/02/2011 en sentencia firme de fecha 05/09/2011 dictada por el Juzgado de lo Penal n° 4 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado 19/2011 a la pena de cinco meses y -:quinze días de prisión por lo que el antecedente estuvo vigente hasta el día .34/09/2013, ejecutoria 82/2011 del Juzgado de lo Penal n° 4 de los de Barcelona.*

*B) por delito de robo con fuerza cometido el 21/12/2008 en sentencia firme de fecha 11/05/2009 dictada por el Juzgado de lo Penal n° 1 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado 9/2009 a la pena de once meses*



y veintinueve días de prisión por lo que el antecedente estuvo vigente hasta el día 22/11/2011, ejecutoria 1697/2009 del Juzgado de lo Penal nº 12 de los de Barcelona.

C) por delito de robo con fuerza cometido el 20/07/2004 en sentencia firme de fecha 26/08/2004 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 14 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado 36/2004 a la pena de un año y un día de prisión cuyo cumplimiento finalizó el día 8 de julio de 2008, ejecutoria 2736/2004 del Juzgado de lo Penal nº 12 de los de Barcelona. El acusado volvió a delinquir el 21/12/2008 por lo que fue condenado por delito de robo con fuerza en sentencia firme el 22 de marzo de 2006 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado 105/2005 a la pena de 9 meses de prisión que extinguió el 13/06/2008, ejecutoria 1158/2006 del Juzgado de lo Penal nº 12 de Barcelona, por ello el antecedente estuvo vigente hasta el día 20/12/2011.

Lucas Dionisio , mayor de edad con antecedentes penales no computables en esta causa y Leonardo Victorio , mayor de edad y con antecedentes penales no computables en esta causa, formaron al menos durante los meses de octubre y noviembre de 2011 un grupo estable cuyo fin era la comisión de robos en casa habitada, manteniendo entre ellos contacto y reuniéndose en ocasiones para hacer seguimientos de sus posibles víctimas, aparte de llevar a cabo materialmente su comisión, teniendo entre ellos una posición preponderante Leon Victorino , que proveía de medios materiales al grupo.

SEGUNDO.- En concreto, Leon Victorino , Florencio Oscar y Lucas Dionisio se dirigieron el día 11 de octubre de 2011, sobre las 21.45 horas al domicilio de Victorino Jenaro , al que habían estado siguiendo durante todo el día sito en la c/ DIRECCION000 nº NUM000 , NUM001 , NUM002 (Bcn). \aprovecharon que el sr. Victorino Jenaro se introducía en el aparcamiento del citado edificio en su coche. un BMW XI, matrícula ....-YNL . en compañía de su amiga Veronica Silvia , a la que acababa de recoger del aeropuerto e hicieron ellos lo mismo. Una vez dentro se hicieron pasar por policías, exhibiendo uno de ellos una placa como perteneciente al Cuerpo Nacional de Policía; de los bolsillos sobresalían unos walkie talkies que emitían sonidos similares a las radios policiales y al menos dos de ellos pistolas, una de ellas una semiautomática marca Star 9 mm con número de serie NUM003 , con las que les apuntaron mientras les manifestaban que eran de la Udycó y que tenían conocimiento por un soplo de el Sr. Victorino Jenaro que tenía droga en casa. Les ataron las muñecas con bridas y quitaron Don. Victorino Jenaro las llaves, tanto de su casa, de la caja fuerte por la que le preguntaron expresamente, como del coche, y mientras Lucas Dionisio se quedaba en el garaje dentro del coche con la Sra. Veronica Silvia , los otros dos se dirigieron .hacia el domicilio con el Sr. Victorino Jenaro . Una vez dentro le sentaron en el sofá del salón, procediendo uno a registrar la casa mientras el otro se quedaba con él en dicha estancia a la que posteriormente' Lucas Dionisio subió también a Veronica Silvia , sentándola al lado de Victorino Jenaro . Cuando terminaron, con el pretexto de ir a registrar el vehículo, salieron del domicilio llevándose 8.000 euros en metálico que Don. Victorino Jenaro guardaba en la caja fuerte y 2.000 más que tenía en el bolsillo, así como su vehículo antes descrito en el que se encontraba la maleta de la Sra. Veronica Silvia la cual contenía objetos personales tasados todos ellos en 400 euros. La Compañía Aseguradora del vehículo indemnizó Don. Victorino Jenaro su valor, reclamando este por el resto del metálico sustraído como también hace lo propio la Sra. Veronica Silvia ,

TERCERO.- Una vez Don. Victorino Jenaro y la sra. Veronica Silvia consiguieron desatarse las manos al ver que los supuestos policías no volvían al domicilio, llamaron a su abogado y apercebidos de lo ocurrido denunciaron los hechos iniciándose una investigación en el curso de la cual la Policía halló huellas en el domicilio de Victorino Jenaro , en concreto una en un vaso que según las víctimas los atracadores habían tocado, la cual se identificó como de Leon Victorino , procediéndose a solicitar una intervención telefónica del número de teléfono del cual les constaba como usuario, autorizada mediante auto de fecha 31/10/2011 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 12 de los de Barcelona .

CUARTO.- Seguidamente el grupo criminal descrito se fijó como objetivo asaltar la vivienda en la que habitaba por aquellas fechas el Sr. Dimas Urbano junto con su familia, sita en la CALLE000 no NUM004 de Llinars del Vallés (Barcelona). A tal fin, realizaron previas vigilancias en el entorno del domicilio para facilitar la posterior ejecución del hecho, en concreto el día 20 de noviembre de 2011, Leon Victorino acudió al mismo en compañía de Leonardo Victorio y días anteriores lo hizo acompañado de Lucas Dionisio . Finalmente resolvieron cometerlo el día 22 de noviembre de 2011 cuando se dirigieron a la misma, los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar y Ricardo Eloy con el que había contactado Leon Victorino merced a la intermediación a tal fin de Leon Lucio con el que tuvo un encuentro ese mismo día en la Plaza Ibiza seguido de varias conversaciones telefónicas sobre la llegada de Silvio Sebastian al lugar pactado para el encuentro en Barcelona, la Plaza Ibiza, desde la que se dirigieron los tres acusados hacia la casa de la víctima a bordo del vehículo Skoda Superb 1.9 matrícula ....-XCY . Una vez en aquel lugar, se bajaron los tres del vehículo y se colocaron en la puerta del domicilio, en la que les detuvo la policía, apostada en el lugar y que tenía conocimiento de sus intenciones merced a las intervenciones telefónicas referidas en el ordinal anterior. Se procedió a la detención de los tres acusados, encontrándose en su



*poder: Leon Victorino una pistola semiautomática marca Star 9 mm con número de serie NUM005 , la imitación de una placa de agente del Cuerpo Nacional de Policía y unos guantes negros; Florencio Oscar unas bridas y unos guantes y Ricardo Eloy una defensa extensible además de otros guantes.*

Igualmente se incautó a Leon Victorino una agenda telefónica en la que tenía anotada diversas matriculas de vehículos, entre otras la de los pertenecientes a Victorino Jenaro y a Dimas Urbano .

*QUINTO.- A raíz de las detenciones practicadas, la policía interesó la entrada y registro en el domicilio de Leon Victorino , sito en la CALLE001 n° NUM001 , NUM006 , NUM007 de Barcelona, encontrándose, entre otros efectos, un chaleco reconocido por Victorino Jenaro como el que llevaba puesto el día que atracó su domicilio, un teléfono, pasamontañas, esposas, una barba y una peluca postiza, unos walkie talkies, un cañón de arma de fuego y documentación relativa a la empresa St Priest, S.L.*

*SEXTO.- Merced a dicha incautación, así como al resultado de las escuchas telefónicas se pudo comprobar que Leon Victorino tenía planeado asaltar la vivienda habitada por los Sres. Sandra Coro y su padre Diego Hugo , a los cuales habían estado investigando y tenía conocimiento de sus propiedades en Jumilla, Asturias y Galicia, aunque aún no había decidido donde asaltarles, si en Asturias o en Calpe (Alicante), sin que se haya acreditado con qué persona en concreto iba a cometer este asalto o si lo iba a llevar a cabo en solitario. En todo caso este plan se frustró precisamente por la detención de Leon Victorino .*

*SÉPTIMO.- No consta indubitadamente acreditado que el grupo pretendiese asaltar la vivienda de Emilio Jacinto y su esposa, jefes de Ildefonso Hugo , cuñado a su vez del acusado Roberto Iñigo .*

*OCTAVO.- La pistola semiautomática marca Star 9 mm con número de serie NUM003 incautada a Leon Victorino en el momento de su detención en Llinars del Valles y utilizada indistintamente por Florencio Oscar y Lucas Dionisio se encontraba en perfecto estado de funcionamiento y tenía plena capacidad para disparar las balas con las que estaba cargada.*

*Fue denunciada como perdida por un Brigada de la Academia General del Aire de San Javier en el año 1998. Ninguno de los tres tenía licencia de armas ni la incautada tenía su correspondiente guía de pertenencia.*

*NOVENO.- En el momento de su detención se incautó a Florencio Oscar un teléfono LG y a Lucas Dionisio 2.715 euros. Este acusado consignó antes del juicio la cantidad de 6.000 euros para el pago de la responsabilidad civil.*

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

*FALLO: Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Diego Olegario Y Roberto Iñigo de los delitos de pertenencia a grupo criminal y de conspiración para la comisión de un delito de robo con intimidación en casa habitada de los que venían acusados, declarando de oficio las costas correspondientes a los mismos.*

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Leon Victorino

*como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal formado para la comisión de delitos menos graves contra el patrimonio que hace uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una vigésimo cuarta parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

*como autor de un delito de robo con intimidación en casa habitada y uso de arma en concurso ideal con un delito de usurpación de funciones públicas, a pena de cuatro años, siete meses y diecisiete días de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

*como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, sin concurrencia de circunstancias entre los acusados. a la pena de un año y nueve meses de Prisión.*

*con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

*como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, con la concurrencia de la agravante de reincidencia, a la pena, de un año, seis meses y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

*Le absolvemos de los otros dos delitos de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada de los que venía acusado, declarando de oficio las costas correspondientes a los mismos.*

Florencio Oscar



como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal formado para la comisión de delitos menos graves contra el patrimonio que hace uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una vigésimo cuarta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

Como autor de un delito de robo con intimidación en casa habitada y uso de arma en concurso ideal con un delito de usurpación de funciones públicas, con la agravante de reincidencia, a la pena de cinco años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante tiempo de la condena, imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.

-como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de dos años, siete meses y dieciséis días prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

como autor de un delito de tenencia ilícita de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena, de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.

A Lucas Dionisio ,

como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal formado para la comisión de delitos menos graves contra el patrimonio que hace uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una vigésimo cuarta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

como autor de un delito de robo con intimidación en casa habitada y uso de arma en concurso ideal con un delito de usurpación de funciones públicas, a la pena de cuatro años, siete meses y diecisiete días de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.

como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo :ion intimidación en casa habitada, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

como autor de un delito de tenencia ilícita de armas. sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, de un año de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una décimo octava parte de las costas correspondiente a esta infracción.

Estos tres acusados, Leon Victorino , Florencio Oscar , Lucas Dionisio , deberán indemnizar solidariamente a Victorino Jenaro en la cantidad de 10.000 euros y a Veronica Silvia en la de 400 euros, cantidades que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

No se accede a la petición de libertad instada por las defensas de estos tres acusados al finalizar el acto del juicio. Para el cumplimiento de la pena que se impone, se declara de aplicación y se debe computar todo el tiempo que hubieren estado privados de libertad por esta causa, siempre que no se les hubiere computado en ninguna otra.

A Leonardo Victorio

como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal formado para la comisión de delitos menos graves contra el patrimonio que hace uso de armas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una vigésimo cuarta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

:orno autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.

Igualmente le absolvemos del delito conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada.



A Leon Lucio

*como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

Y a Ricardo Eloy

*como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, sin concurrencia de circunstancias, a la pena de un año y nueve meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndosele una trigésimo sexta parte de las costas correspondiente a esta infracción.*

*Se acuerda el decomiso de la pistola semiautomática marca star 9 milímetros con número de serie NUM005 , el vehículo Skoda Superb 1.9 matrícula ....-XCY , el chaleco los pasamontañas, las esposas, la barba, el bigote, las bridas, la cinta americana, la defensa extensible, los móviles marca iphone y LG a los que se dará el destino legal.*

*Igualmente con el dinero consignado por Lucas Dionisio y los 1715 euros incautados al mismo en el momento de su detención.*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Florencio Oscar , Lucas Dionisio , Leonardo Victorio , Ricardo Eloy , Leon Lucio , Leon Victorino que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**Cuarto.-** Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

RECURSO INTERPUESTO POR Florencio Oscar

**MOTIVO PRIMERO :** Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 de la Constitución Española .

**MOTIVO SEGUNDO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

**MOTIVO TERCERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito de tenencia ilícita de armas.

**MOTIVO CUARTO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 563 del Código Penal .

**MOTIVO QUINTO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por haberse vulnerado el artículo 25 de la Constitución Española y, en concreto, el principio de legalidad, en relación con los artículos 242.3 y 564.1.1º del Código Penal , y por infracción del principio "non bis in ídem".

**MOTIVO SEXTO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 564 del Código Penal .

**MOTIVO SÉPTIMO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 269 del Código Penal , en relación con el artículo 242.2 del mismo Texto; y, correlativamente, por la indebida inaplicación del artículo 242.2 del Código Penal , en relación con el artículo 16 del mismo.

**MOTIVO OCTAVO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito del artículo 570 ter del Código Penal .

**MOTIVO NOVENO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 570 ter del Código Penal .

**MOTIVO DÉCIMO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 570 ter 2.b) del Código Penal .

**MOTIVO DÉCIMO PRIMERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el artículo 242.3 del Código Penal .

**MOTIVO DUODÉCIMO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación del artículo 242.3 del Código Penal .



**MOTIVO DÉCIMO TERCERO:** Al amparo de los artículos 852 y 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida inaplicación de la atenuante del artículo 21.6 del Código Penal .

**MOTIVO DÉCIMO CUARTO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de la atenuante (análogica) de drogadicción del artículo 21.7, en relación con el artículo 21.2 del Código Penal .

RECURSO INTERPUESTO POR Lucas Dionisio

**MOTIVO PRIMERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española , al haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

**MOTIVO SEGUNDO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia con relación al delito de tenencia ilícita de armas.

**MOTIVO TERCERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el delito de conspiración para el delito de robo con intimidación en casa habitada.

RECURSO INTERPUESTO POR Leonardo Victorio .

**MOTIVO PRIMERO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida de los artículos 570 ter 1 b ) y 2 b ), y 242.2, en relación con el artículo 269 del Código Penal .

**MOTIVO SEGUNDO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

**MOTIVO TERCERO:** Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador.

RECURSO INTERPUESTO POR Ricardo Eloy

**MOTIVO PRIMERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

**MOTIVO SEGUNDO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los artículos 242 . 241.1 , 269, 28 , 17.3 del Código Penal , en relación con los artículos 62 y 63 del mismo Texto.

RECURSO INTERPUESTO POR Leon Lucio

**MOTIVO PRIMERO:** Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24.1 de la Constitución Española . Y, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del artículo 120 de la Constitución Española que impone la obligación de motivar las sentencias.

**MOTIVO SEGUNDO:** Al amparo de los artículos 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por indebida aplicación del artículo 269, en relación con el artículo 242 del Código Penal , al haberse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia.

**MOTIVO TERCERO:** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 242.2, en relación con el artículo 269, y por infracción del artículo 66 del Código Penal

RECURSO INTERPUESTO POR Leon Victorino

**MOTIVOS PRIMERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

**MOTIVOS SEGUNDO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

**MOTIVO TERCERO:** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo por las razones



expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.**- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día treinta de junio de dos mil quince.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Florencio Oscar

**PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del art. 18.1 CE , derecho fundamental a la intimidad, art. 18.3 CE , derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en relación con el art. 579 LECrim , y del art. 24 CE , derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.**

El motivo tras exponer los antecedentes de la causa y del objeto de la inicial investigación -descubrimiento o la comprobación de un delito de robo- considera nulo el auto inicial de 30.10.2011 por el que se acuerda intervenir las comunicaciones del teléfono utilizado por el coacusado Leon Victorino , por la lesión de derechos fundamentales, que, en síntesis, son:

1º)Falta de motivación suficiente y causante de indefensión porque el auto se remite no solo a las razones expuestas por la policía en la solicitud inicial, sino también por las que le fueron expuestas verbalmente por la policía a la Juez de instrucción, sin que exista circunstancias de estas últimas, impidiendo con ello el control sobre la motivación.

2º)Ausencia del presupuesto de necesidad al solicitarse la intervención telefónica para la recuperación de los objetos sustraídos en el robo cometido así como la localización de presuntas armas que se hayan podido utilizar en su caso, y para investigar la participación de otras personas, habida cuenta que se identificó mediante reconocimiento fotográfico a uno de los tres presuntos autores del robo, estas finalidades no justifican el presupuesto de la finalidad al existir otras medidas menos gravosas de investigación, dado que el momento en que se solicita la intervención telefónica se había identificado a uno de los presuntos autores del robo en casa habitada, Leon Victorino , sin que la policía hubiera explicado las razones por las que no continuó como método de investigación el seguimiento y vigilancia de éste último y con respecto al resto de los intervinientes en el hecho delictivo hubiera bastado con exhibir a las víctimas álbumes de fotografías de personas con antecedentes policiales por robo y solo tras agotarse estos medios de investigación, hubiera estado justificada la medida de intervención telefónica.

3º)Ausencia del presupuesto de proporcionalidad por cuanto la finalidad de la intervención era la investigación de un delito de robo con violencia e intimidación en casa habitada con una penalidad de 2 a 5 años prisión, delito menos grave conforme el art. 33.3 a) CP , y si bien el art. 579 LECrim , no recoge un catalogo de delitos respecto de los cuales sea susceptible de medida, debemos recoger como parámetro de referencia el art. 282 LECrim , que regula el agente encubierto y que establece que tal mecanismo invasivo debe ser de aplicación restrictiva, y en los casos de criminalidad en sus formas más graves, en la misma orientación el art. 8 CEDH y la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional que han vinculado la proporcionalidad a la alta criminalidad que afecta a intereses generales, estructura democrática o convivencia social.

4º)Ausencia del elemento subjetivo, dado que el oficio policial solo menciona que se solicita la intervención del teléfono del que es usuario el investigado, sin señalar, contrariamente a lo manifestado en el auto -que era el titular, y sin que se justifique en méritos a qué medios se conoce tal extremo.

Por lo que no consta debidamente justificada ex ante la asociación del teléfono al presunto investigado, exigiendo el art. 579 LECrim , motivación respecto de todos los extremos que deben concurrir para intervenir un teléfono.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos recordado en SSTs. 209/2014 de 20.3 , 233/2014 de 25.3 , 285/2014 de 8.4 , 425/2014 de 28.5 , 499/2014 de 17.6 , k 689/2014 de 21.10 , el secreto de las comunicaciones telefónicas es un derecho fundamental que la Constitución garantiza en el artículo 18.3, la Declaración Universal de los Derechos Humanos , artículo 12, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , artículo 17, se refieren al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada y en la correspondencia, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone en el artículo 8.1 que "toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia", nociones que incluyen el secreto de las comunicaciones telefónicas, según una reiterada doctrina jurisprudencial del TEDH. Añade el Convenio Europeo , en el artículo 8.2, que "no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho", (respeto a la vida privada y familiar, domicilio



y correspondencia), "sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

Este derecho, por lo tanto, no tiene carácter absoluto, pues puede estar sujeto a limitaciones y restricciones, que deben estar previstas por la ley en función de intereses que puedan ser considerados prevalentes según los criterios propios de un Estado democrático de derecho. Para que tales restricciones puedan hacerse efectivas, es preciso que, partiendo de la necesaria habilitación legal, existan datos que en cada caso concreto pongan de manifiesto que la medida restrictiva del derecho es proporcional al fin pretendido, que este fin es legítimo y que es necesaria en función de las circunstancias de la investigación y del hecho investigado. Ello implica una valoración sobre la gravedad del delito, sobre los indicios de su existencia y de la intervención del sospechoso, y sobre la necesidad de la medida.

La decisión sobre la restricción de este derecho se deja en manos exclusivamente del poder judicial, concretamente, en el Juez de instrucción, a quien corresponde la ponderación de los intereses en juego, mediante un juicio acerca de la proporcionalidad y necesidad de la medida, el cual deberá expresarse en una resolución judicial motivada, adoptada en el ámbito de un proceso penal. Bien entendido que las exigencias de motivación ( artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución ), reforzada cuando se trata de restricción de derechos fundamentales, imponen que no sea suficiente la intervención de un Juez, sino que es exigible que tal intervención esté razonada y justificada de forma expresa y suficiente.

En el momento de adoptar su decisión, el Juez ha de atender, necesariamente a varios aspectos. En primer lugar, a la proporcionalidad, en el sentido de que ha de tratarse de la investigación de un delito grave. Para valorar la gravedad no solo es preciso atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar.

En segundo lugar, a la especialidad, en tanto que la intervención debe estar relacionada con la investigación de un delito concreto, sin que sean lícitas las observaciones encaminadas a una prospección sobre la conducta de una persona en general. En este sentido, los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial.

En este aspecto debe delimitarse objetivamente la medida mediante la precisión del hecho que se está investigando, y subjetivamente mediante la suficiente identificación del sospechoso, vinculando con él las líneas telefónicas que se pretende intervenir. Para ello es preciso que el Juez cuente con indicios suficientes de la comisión del delito y de la participación del investigado. Y, en tercer lugar, a la necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, ya que, partiendo de la existencia de indicios de delito y de la intervención del sospechoso, suficientemente consistentes, solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación.

Desde el punto de vista de la motivación del auto inicial acordando la intervención telefónica y ausencia de los datos necesarios para restringir el derecho al secreto de las comunicaciones es necesario tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, SS. 26/2010 de 27.4 , 197/2009 de 28.9 , y de esta misma Sala, SS. 116/2013 de 21.2 , 821/2012 de 31.10 , 629/2011 de 23.6 , 628/2010 de 1.7 , que viene afirmando que forman parte del contenido esencial del art. 18.3 CE las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales que autorizan la intervención o su prórroga. Éstas deben explicitar, en el momento de la adopción de la medida, todos los elementos indispensables para realizar el juicio de proporcionalidad y para hacer posible su control posterior, en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida pues, por la propia finalidad de ésta, la defensa no puede tener lugar en el momento de su adopción ( SSTC 299/2000, de 11 de diciembre ; 167/2002, de 18 de septiembre ).

En primer lugar, la resolución judicial que acuerda una intervención telefónica ha de justificar la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención: los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados. Indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. En este sentido, hemos reiterado que "la relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal Constitucional, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima





exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la CE lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido" ( STC 49/1999, de 5 de abril ; 166/1999, de 27 de septiembre ; 171/1999, de 27 de septiembre ; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4 ; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5 ; 138/2001, de 18 de junio ; 202/2001, de 15 de octubre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 261/2005, de 24 de octubre ; 220/2006, de 3 de julio ; 195/2009 de 28 de septiembre ; 5/2010 de 7 de abril ).

A este respecto no se trata de satisfacer los intereses de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar sospechas sin base objetiva de los encargados de la investigación, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional ( SSTC 184/2003, de 23 de octubre , 261/2005, de 24 de octubre ).

Junto con tales datos objetivos, debe determinarse con precisión el número o números de teléfonos que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quien ha de llevarla a cabo y los periodos en los que deba darse al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución ( SSTC 49/1996, de 26 de marzo : 49/1999, de 5 de abril ; 167/2002, de 18 de septiembre ; STC 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo ).

En todo caso y aunque es deseable que la resolución judicial contenga en sí misma todos los datos anteriores, nuestra jurisprudencia ha admitido la motivación por remisión, de modo que la resolución judicial puede considerarse suficientemente motivada si, integrada con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (por todas, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre ; 184/2003, de 23 de octubre ; 259/2005, de 24 de octubre ; 136/2006, de 8 de mayo , SSTS de 6 de mayo de 1997 , 14 de abril y 27 de noviembre de 1998 , 19 de mayo del 2000 y 11 de mayo de 2001, núm. 807/2001 , entre otras), han estimado suficiente que la motivación fáctica de este tipo de resoluciones se fundamente en la remisión a los correspondientes antecedentes obrantes en las actuaciones y concretamente a los elementos fácticos que consten en la correspondiente solicitud policial, o en su caso del Ministerio Fiscal, que el Juzgador tomó en consideración como indicio racionalmente bastante para acordar la intervención telefónica.

Como señalan las sentencias de 26 de junio de 2000 , 3 de abril y 11 de mayo de 2001 , 17 de junio y 25 de octubre de 2002 , entre otras muchas, los autos de autorización de intervenciones telefónicas pueden ser integrados con el contenido de los respectivos oficios policiales en los que se solicitan las intervenciones en cada caso, de forma que es lícita la motivación por referencia a los mismos, ya que el Órgano Jurisdiccional carece por sí mismo de la información pertinente y no sería lógico que abriese una investigación paralela al objeto de comprobar los datos suministrados por la Policía Judicial".

Como se recuerda en la STC 167/2002, de 18 de setiembre , aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva.

Así pues, la motivación en cuanto a los hechos que justifican la adopción de la medida, debe contemplar la individualidad de cada supuesto en particular, y puede hacerlo remitiéndose a los aspectos fácticos contenidos en el oficio policial en el que se solicita su adopción. No se trata desde luego de una práctica recomendable, a pesar de la frecuencia con la que se recurre a ella, pero no determina por sí misma la nulidad de lo actuado.

Asimismo el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo cánones de suficiencia razonadora en autos con motivación "lacónica" e incluso cuando se extiende el auto sobre impresos estereotipados, mínimamente adecuados a las circunstancias del caso particular, siempre que permitan reconocer unos mínimos razonadores que den satisfacción a la exigencia constitucional (AT. 145/99 u SSTC. 239/99 y 8/2000 ), y recogiendo esta misma doctrina constitucional, esta Sala Tribunal Supremo ha venido a sostener que esta exigencia motivadora no es incompatible con una economía de razonamientos ni con una motivación concisa, escueta y sucinta, porque la suficiencia del razonamiento no conlleva necesariamente una determinada extensión, ni determinado rigor lógico o una determinada elegancia retórica ( STS. 4.3.99 ).

**SEGUNDO: 1.** En el caso que se analiza en el oficio policial de 27 de octubre de 2011, que comienza con la descripción de los hechos delictivos de los que fueron víctimas Victorino Jenaro y Veronica Silvia , se expone que se trató de localizar huellas dactilares en distintos objetos que según las víctimas los asaltantes habían tocado sin guantes, habiéndose identificado en un vaso de cristal la huella de Leon Victorino , del



que se aportan sus restantes datos de identificación, señalándose que tiene domicilio desconocido. Para confirmar este indicio, la policía realizó una composición con fotografías de personas con características semejantes a las del sospechoso, que le fueron mostradas a Victorino Jenaro, quien le reconoció como uno de los atracadores (se aporta con el oficio copia de las fotografías mostradas y del reconocimiento efectuado por la víctima). Se completa la información señalando que Leon Victorino cumplió condena en el Centro Penitenciario Can Briñas, que finalizó el 8 de enero de 2010, constándole 16 antecedentes policiales por delitos de agresión sexual, lesiones, contra la salud pública, robo con violencia e intimidación y estafas. Los Mossos d'Esquadra concluyen que se trata de un robo cometido con cierta especialización, puesto que es más probable que los autores dispusieran de información previa de las víctimas, ya que conocían la existencia de una caja fuerte en la que guardaba dinero, los asaltantes relataron a la víctima la rutina que había seguido ese día, lo que hace suponer que había sido vigilado y seguido, los asaltantes habían mostrado una cierta profesionalidad, al haber desempeñado su papel de policías con bastante verosimilitud y a juicio de las víctimas las armas que utilizaron eran reales, lo que presupone un cierto grado de intendencia y preparación. Y justifican la necesidad de la medida argumentando que por lo expuesto anteriormente, para poder identificar al resto de los autores, para recuperar los efectos sustraídos (dinero y turismo), para localizar las armas utilizadas, se solicita la intervención telefónica del número perteneciente a Leon Victorino, por considerar que es la única vía de investigación posible.

En definitiva se aportan sólidos indicios que permiten sospechar fundadamente que uno de los autores es Leon Victorino, persona con numerosos antecedentes policiales y del que se desconoce su paradero. Se trataba de investigar un hecho en el que las víctimas son abordadas en el garaje del domicilio por tres personas, siendo uno de ellos Leon Victorino, que haciéndose pasar por policías y llevando dos ellos pistolas con apariencia de reales, les manifestaron que tenían conocimiento por un soplo que Victorino Jenaro tenía droga en su casa, tras lo cual les maniataron con una bridas y les subieron a la vivienda, donde con las llaves que habían quitado a Victorino Jenaro registraron la caja fuerte, apoderándose de 8.000 euros y de 2.000 euros más que éste tenía consigo, así como de su vehículo.

En el apartado primero del auto de 31 de octubre de 2011 se hace constar que los Mossos d'Esquadra, Grupo de Robos con Violencia, solicitaron la intervención telefónicas a fin de poder obtener la información precisa en relación con un presunto delito de robo, tal y como consta en el oficio entregado y como expusieron verbalmente. En el razonamiento jurídico único se expone "las razones expuestas anteriormente tanto por escrito como verbalmente y que se refieren, hacen necesaria la adopción de una medida limitativa de derechos tan extraordinaria como lo es la intervención del número de teléfono..., ya que la intervención del mismo se puede venir a obtener el descubrimiento o la comprobación de un delito en relación con robo, esencial para esta causa".

De lo anterior se desprende, en contra de lo sustentado en el motivo que el auto de intervención no dice la información verbal era distinta de la expuesta en el oficio policial, sino que esta información escrita fue también expuesta verbalmente cuando se entregó el oficio solicitando la intervención, siendo, en todo caso, los datos consignados en el oficio suficientes para acordar referida intervención.

Asimismo en el oficio y en el auto de intervención se destaca el fin de la medida: la investigación de la identidad de los otros dos autores de los hechos delictivos, dado que no concurren vestigios de vías de otra índole que permitan hacer avanzar la investigación con alguna posibilidad de éxito.

2. En cuanto a la *nota de proporcionalidad* se deriva como consecuencia de este medio excepcional de investigación requiere, también, una gravedad acorde y proporcionada a los delitos a investigar. Ciertamente que el interés del Estado y de la Sociedad en la persecución y descubrimiento de los hechos delictivos es directamente proporcionada a la gravedad de estos, por ello, solo en relación a la investigación de delitos graves, que son los que mayor interés despiertan su persecución y castigo, será adecuado el sacrificio de la vulneración de derechos fundamentales, para facultar su descubrimiento, pues en otro caso, el juicio de ponderación de los intereses en conflicto desaparecería si por delitos menores, incluso faltas, se generalizan este medio excepcional de investigación, que desembocaría en el generalizado quebranto de derechos fundamentales de la persona sin justificación posible.

Frente a otras legislaciones que establecen un catálogo de delitos para cuya investigación está previsto este modelo excepcional, la legislación española guarda un silencio que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de exigir la investigación de hechos delictivos graves, y desde luego, aquellos que revisten la forma de delincuencia organizada, de alguna manera, puede decirse que en un riguroso juicio la ponderación concretado en cada caso, la derogación del principio de intangibilidad de los derechos fundamentales, debe ser proporcionado a la legítima finalidad perseguida.



En tal sentido, se ha pronunciado expresamente el TEDH en dos sentencias de 24.9.90 (casos Kruslin y Hurvig), condenando a Francia por no disponer su legislación de un catálogo de graves infracciones penales que toleren esta medida, al modo de Alemania, Italia, etc.... y en tanto no cumpla el legislador español esta exigencia dimanante del art. 8 CEDH . habrá de autolimitarse por vía interpretativa, todo órgano instructor, siguiendo por analogía "in bonem partem" lo previsto en el art. 503 LECrim . respecto a la prisión preventiva. Para valorar la gravedad no sólo, se debe atender a la previsión legal de una pena privativa de libertad grave, sino además debe valorarse la trascendencia social del delito que se trata de investigar ( SSTS. 26.5.97 , 23.11.98 , 1263/2004 de 2.11). Incluso se ha sostenido que podría acudir a la relación de infracciones delictivas contenidas en el nuevo art. 282 bis 4 para la autorización legal del empleo de la figura denominada "agente encubierto" como equivalencia de supuestos para la autorización judicial de las "escuchas" telefónicas ( STS. 8.7.2000 ).

En el caso presente -en el auto de 31.10.2011 la proporcionalidad está implícita en el propio delito investigado- robo con violencia en casa habitada, art. 242.2, con una penalidad de 3 años y 6 meses a 5 años prisión -siendo la intervención, por ello, proporcionada a la gravedad de los hechos- delito por cierto incluido en el art. 282 bis 4 -c) entre los que posibilitan el uso del agente encubierto.

3. En relación al cumplimiento de la delimitación subjetiva de la medida en reciente STS. 23/2015 de 4.2 , hemos dicho como la STC. 150/2006 de 22.5 , puntualiza que "más allá de ello, y aunque en varias sentencias se ha hecho referencia, como expresión del alcance subjetivo de la medida, al a importancia de identificar las concretas personas investigadas como usuarios del teléfono intervenido ( STC 171/99 de 27-9 ; 138/2001, de 18-6 , 184/2003, de 23-10 ) del conjunto de la jurisprudencia de este Tribunal, construida fundamentalmente para dar respuesta a casos en que se plantea otro tipo de problemas, no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo d la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orientan a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto a la identidad de los titulares o usuarios de las líneas intervenidas. A la vista de los avances tecnológicas en el ámbito de la telefonía -por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de teléfono-, esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del derecho y gravemente perturbadores para la investigación de delitos graves, especialmente cuando estos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas".

Y sigue diciendo la TC de referencia que "...la reciente STC 104/2006, de 3-4 , FJ 5, en un supuesto en el que, al igual que en el presente, se produce un error en la identificación inicial por parte de la policía judicial del usuario del teléfono móvil intervenido, corregido en los informes remitidos al órgano judicial sobre los resultados obtenidos en el primer periodo de intervención, de los que resulta el nombre del usuario real del teléfono, se afirmó que tal error carece de relevancia constitucional, porque sólo hubo una línea de teléfono móvil intervenida, identificada en la resolución judicial de autorización por el único dato fiable existente en ese momento -su número -dada la modalidad prepago de la tarjeta con la que funcionaba".

Insistiéndose en la reciente STS. 877/2014 de 22.12 , en que no es exigencia de la validez de la intervención la previa identificación del titular un número de teléfono que luego resulta intervenido. En efecto, de la jurisprudencia constitucional *"no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir", siendo lo relevante para preservar el principio de proporcionalidad "la aportación de aquellos datos que resulten imprescindibles para poder constatar la idoneidad y estricta necesidad de la intervención y excluir las escuchas prospectivas".* ( SSTS nº 712/2012, de 26 de septiembre , 751/2012, de 28 de septiembre , 309/2010, 31 de marzo y 493/2011, 26 de mayo ). *Aun así, hay que recalcar que precisamente los seguimientos se efectuaron no sólo para verificar la concordancia entre el contenido de la conversación y la posterior conducta de los investigados, sino también para proceder a la identificación de aquellos interlocutores hasta entonces desconocidos.*

Por tanto el criterio favorable a la posibilidad de que la persona investigada no sea la titular del terminal objeto de injerencia ha sido admitido en numerosas resoluciones de esta Sala y del Tribunal Constitucional (SSTC 299/2000, 11 de diciembre ; 17/2001, 19 de enero ; 136/2006, 8 de mayo ; y SSTS 463/2005, 13 de abril ; 918/2005, 12 de julio y 1154/2005, 17 de octubre ; 712/2012 de 26 de junio ; 503/2013 de 19 de junio ).

En cuanto a la posibilidad de que los funcionarios policiales hubieran tenido conocimiento de forma ilícita del número telefónico de la persona investigada, tal cuestión ha sido analizada por la jurisprudencia SSTS. 362/2011 de 6.5 , 83/2013 de 13.2 , 773/2013 de 22.10 , 253/2014 de 25.3 , que ha destacado, que la premisa de la que se quiere partir -implícita pero evidente- que no puede admitirse es que, en principio, hay



que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

*Ello supondría la paradoja de que mientras que tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad ( art. 24.2 CE ), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución y a las Leyes, en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho.* Frente a tal premisa, hemos de afirmar que en el derecho a la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las Autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. El principio de presunción de inocencia no puede extender su eficacia hasta esos absurdos extremos.

En efecto la nulidad de los actos procesales sólo puede basarse en algunas de las causas estrictamente reguladas en el art. 238 LOPJ . con la consecuencia de la pérdida de efectos que tratándose de la vulneración de derechos fundamentales, impone el art. 11 de la misma ley . *Sin embargo, declarar la nulidad de unas escuchas porque la legitimidad de la obtención del número telefónico no puede presumirse , supone crear una categoría inédita en nuestro sistema procesal. Estaríamos ante la creación jurisprudencial de la creación jurisprudencial de la nulidad presunta , aquélla predicable de actos limitativos de derechos, aparentemente válidos, pero a los que privamos de efectos al no constar la legitimidad de otro acto precedente.*

En línea de principio proclamar que la legitimidad de un acto jurisdiccional no puede presumirse no se concilia bien con los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional ( art. 117.1 CE ). Es cierto que la abstracta proclamación de esos principios no blindará a los actos jurisdiccionales de su condición de potencial fuente lesiva de los derechos fundamentales. También lo es -y la experiencia se encarga cada día de recordarlo- que la validez de los actos procesales no puede hacerse descansar en un voluntarioso acto de fe. Pero aceptar la petición de nulidad porque la legitimidad no puede presumirse, no resulta, en modo alguno, una exigencia de nuestro sistema de garantías.

En esta dirección las SSTs. 249/2008 de 20.5 , 940/2008 de 18.12 , señalan en casos en que se cuestionaba el modo a través del cual la Policía obtuvo los teléfonos y que ello supone injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones:

"ninguna razón se expresa ni se infiere de las actuaciones que pueda sustentar esa alegada irregular obtención de los números de los teléfonos cuya observación se solicitó y fue judicialmente autorizada..." "no existe razón o elementos que permitan sostener que los números de teléfonos cuya observación se solicita se hubieran obtenido con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que no consta acreditado que para ese fin se hubiera accedido al contenido de las conversaciones sin autorización judicial, ni se hubiera sobrepasado los límites a los que se hace mención en la sentencia citada 249/2008, de 20 de mayo , para la recogida o captación técnica del IMSI sin necesidad de autorización judicial".

Asimismo la STS. 960/2008 de 26.12 recordó: "Se alegan sospechas sobre el modo en los que se obtuvieron los primeros números de los teléfonos y del terminal móvil número ..., especialmente éste número ya que su observación fue determinante para la intervención de la droga, sin que les convenzan las alegaciones realizadas por los funcionarios policiales de que los obtuvieron de los listados de telefónica, de las intervenciones judiciales previas, de observaciones físicas al marcarlos y de gestiones en oficinas públicas y bancos.

No hay datos o elementos que permitan concluir que existieron gestiones ilícitas y vulneradoras de derechos fundamentales por parte de la policía. Los funcionarios policiales, en sus declaraciones en el acto del juicio oral, se refirieron a modalidades perfectamente legítimas para obtener esa información, sin que pueda presumirse lo contrario porque otros funcionarios no tuvieron información o no lo pudiesen precisar por el tiempo transcurrido".

La STS 492/2010, de 18 de Mayo , realiza un recorrido de la doctrina jurisprudencia' señalando que no existe una presunción de ilicitud en la obtención por la Policía de los números de teléfono de los que se solicita la intervención. Se expresa la sentencia en los siguientes términos: "*Sobre este concreto particular, que es lo único que se cuestiona en el presente motivo, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 1344/2009, de 16 de diciembre , que los números identificativos con los que operan los terminales no pueden constituir, por sí mismos, materia amparada por el secreto de las comunicaciones, pues afirmar lo contrario supondría, a nuestro juicio, confundir los medios que posibilitan la comunicación con la comunicación misma. 'Sostener semejante criterio no supone contradicción alguna, en nuestra opinión, con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente la contenida en la Sentencia del denominado "caso Malone", ni con la del Tribunal Constitucional ni, mucho menos aún, con la de esta misma Sala, pues esa doctrina se refiere a la extensión del ámbito protegido de la "comunicación" no tanto a los números telefónicos sino al hecho de que, a través de la averiguación de esos números, se conozcan extremos como el momento, la duración y,*



lo que es aún más importante, la identidad de las personas que establecen el contacto. Y eso sí que puede sostenerse que forma parte, auténticamente, de la "comunicación". "Por otro lado, tampoco la clase concreta de contrato telefónico, tarjeta "prepago" en el supuesto que nos ocupa, puede, ni debe, tener influencia en una mayor o menor tutela del dato numérico desde el punto de vista constitucional, ya que o el dato es secreto y se requiere para su conocimiento la participación de la autoridad judicial, en todo caso, o, como nosotros sostenemos, no forma parte ni de la comunicación ni de la intimidad de la persona, merecedora de protección constitucional. Con similar criterio se expresa la Sentencia 356/2009, de 7 de abril en la que se declara que cuando se trata de la obtención de números de teléfono de terceros que no aparecen en las listas de las compañías telefónicas es preciso admitir que las posibilidades son variadas y no necesariamente suponen, siempre y en todo caso, la ejecución de un acto que suponga una injerencia injustificada en el ámbito protegido por el derecho fundamental. Desde la comunicación de terceros, confidentes o no, hasta el conocimiento a través de otras diligencias policiales o judiciales, como se sugiere en la sentencia impugnada, caben opciones respetuosas con las exigencias constitucionales, de manera que no puede afirmarse que el desconocimiento conduzca necesariamente a establecer la ilegalidad de la vía seguida para obtener aquel dato. Y en la Sentencia 35/2003, de 20 de enero, se expresa que la forma con que se facilita al órgano judicial el número de teléfono que se solicita ser intervenido no es un dato que esté amparado por el artículo 18.3 de la Constitución española, salvo naturalmente que se acredite su obtención por medios ilícitos. La policía en su actividad de investigación criminal puede obtener tales números por medios lícitos, que lo constituyen no solamente las guías y registros públicos, así como las informaciones administrativas, sino por informaciones testificales de referencia. En el caso, las conjeturas que se manejan en el motivo no pueden ser bastante para la estimación del mismo".

4. Por último en cuanto a las denuncias de encontrarse las diligencias previas 4143/2011 incoadas por el delito de robo con intimidación en casa habitada sobreeséidas por falta de autor conocido y no haberse dictado auto de reapertura cuando se recibió la solicitud de intervención telefónica, y no haber autorizado expresamente el auto de 31.10.2011 la remisión de los datos asociados a la línea telefónica, la sentencia recurrida analiza ambas denuncias con argumentos que deben ser asumidos.

La primera no deja de ser una mera irregularidad formal sin trascendencia alguna, en cuanto el auto acordando la intervención telefónica implica de facto la reapertura de las diligencias.

Y en cuanto a la segunda ciertamente el auto de 31.10.2011 en su parte dispositiva no contiene autorización para que las operadoras facilitaran los datos asociados a la línea de teléfono intervenida, pero tal petición si se hace en la solicitud policial y en el oficio posterior remitido por el Juzgado a la compañía telefónica consta que en el auto se acordó la intervención del mismo de teléfono y el tráfico de llamadas asociadas a esa línea (folio 36) por lo que la deducción de que la ausencia de esta autorización en el auto se debió a un error material, subsanado en el oficio remisorio y los posteriores autos de intervenciones telefónicas en lo que sí se autorizó la aportación de los datos asociados a la línea, sin olvidar que respecto a la obtención de listados del tráfico telefónico, llamadas efectuadas y recibidas de un teléfono, en STS 513/2010 de 2-6 y 707/2009 de 22-6 se ha recogido la doctrina del TC sobre esta modalidad de limitación del secreto de las comunicaciones y los matices que presenta con respecto a otras injerencias de mayor calado en el referido derecho fundamental.

En la STC. 123/2002 de 20.5, con motivo de cuestionarse la aportación de un listado de llamadas telefónicas que había sido autorizado mediante una mera providencia judicial sin la debida motivación, el Tribunal Constitucional comienza recordando que el TEDH en el caso Malone, reconoció que el sistema del recuento es por naturaleza distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como es la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita en una sociedad democrática y también dejó afirmado que la utilización de los datos obtenidos por el recurrente puede plantear problemas en relación con el art. 8 TEDH ya que "en los registros así efectuados se contienen informaciones -en especial, los números marcados- que son parte de las comunicaciones telefónicas. En opinión del Tribunal, ponerlos en conocimiento de la policía, sin el consentimiento del abonado, se opone también al derecho confirmado por el artículo 8".

Continua argumentando la STC 123/2002 que el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas "garantiza a los interlocutores o comunicantes la confidencialidad de la comunicación telefónica que comprende el secreto de la existencia de la comunicación misma y el contenido de lo comunicado, así como la confidencialidad de las circunstancias o datos externos de la conexión telefónica: su momento, duración y destino; y ello con independencia del carácter público o privado de la red de transmisión de la comunicación y del medio de transmisión -eléctrico, electromagnético u óptico etc...- de la misma.

Por ello -dice el Tribunal Constitucional- la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a



los datos confidenciales de la comunicación: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

La aplicación de la doctrina expuesta -prosigue razonando la referida sentencia- conduce a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía sin consentimiento del titular del teléfono requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE. En efecto, los listados telefónicos incorporan datos relativos al teléfono de destino, el momento en que se efectúa la comunicación y a su duración, para cuyo conocimiento y registro resulta necesario acceder de forma directa al proceso de comunicación mientras está teniendo lugar, con independencia de que estos datos se tomen en consideración una vez finalizado aquel proceso a efectos, bien de la lícita facturación del servicio prestado, bien de su ilícita difusión.

Dichos datos configuran el proceso de comunicación en su vertiente externa y son confidenciales, es decir, reservados del conocimiento público y general, además de pertenecientes a la propia esfera privada de los comunicantes.

El destino, el momento y la duración de una comunicación telefónica, o de una comunicación a la que se accede mediante las señales telefónicas, constituyen datos que configuran externamente un hecho que, además de carácter privado, puede asimismo poseer un carácter íntimo.

Ahora bien -matiza la sentencia del Tribunal Constitucional 26/2006 de 30.1 - aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituye una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las "escuchas telefónicas", siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

A los efectos del juicio de proporcionalidad resulta especialmente significativo el dato de la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta, de modo que este dato constituye elemento indispensable tanto de la ponderación de la necesidad de esta medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como a los efectos de estimación de la concurrencia del presupuesto habilitante de la misma.

Esa doctrina del Tribunal Constitucional ya ha sido aplicada en algunos precedentes de esta Sala de Casación, especialmente en la sentencia 889/2004, de 9 de julio, en la que después de explicar que el "recuento" consiste en el uso de un instrumento -un contador combinado con un aparato impresor- que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico y la hora y la duración de cada llamada, ha admitido la aplicación de ese procedimiento de obtención de datos en virtud de una resolución judicial que reviste la forma de providencia, integrada a su vez en los hechos indiciarios que contiene la solicitud policial de la adopción de la medida, argumentando la Sala con base en la menor intensidad lesiva en el objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones que el acceso a los listados comporta.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

**TERCERO: El motivo segundo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, del art. 24.1 CE : ilicitud de la prueba por infracción de preceptos constitucionales en relación con el art. 579 LECrim , y 11.1 LOPJ .**

Considera el recurrente que este motivo es correlato y consecuencia necesaria del motivo precedente por cuanto de estimarse esto ello determinaría la ilicitud de la diligencia de investigación de intervenciones telefónicas acordadas en virtud del auto de fecha 31.10.2011 y de las acordadas con posterioridad habida cuenta que las normas se acuerdan con base a la información obtenida por dicha inicial intervención, de la detención de los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar y Ricardo Eloy en fecha 22.11.11 y de la incautación de los efectos que portaban cada uno de ellos y en el vehículo en el que se habían trasladado y pericial balística, de los seguimientos efectuados a raíz de las conversaciones telefónicas; de las entradas y registros efectuados y por ende de las incautaciones de los efectos intervenidos en los domicilios registrados; y de las testificales de agentes de policía. En consecuencia no existiría prueba lícita y bastante para fundar y mantener la condena por los delitos de pertenencia a un grupo criminal formado para la comisión de delitos contra el patrimonio con uso de armas, de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada, de tenencia ilícita de armas; y del delito de robo en casa habitada con uso de arma, al ser ilícita



la intervención de la pistola, por lo que procedería la condena por el tipo básico de robo en casa habitada y la absolución del recurrente del resto de los delitos.

La STS. 499/2014 de 17.6, recuerda la doctrina de la Sala Segunda Tribunal Supremo en orden a la conexión de antijuricidad ( SSTS. 821/2012 de 30.10 , 210/2012 de 15.3 , 1183/2009 de 1.12 , que -al examinar cual es la trascendencia mediata a los efectos inhabilitantes de la prueba obtenida con violación del derecho fundamental, en el sentido de superar las diversas interpretaciones y la integración, en los más justos términos, de lo que el mandato legal contiene como severa proscripción del uso de practicas constitucionalmente reprobables en la obtención de elementos probatorios y de la búsqueda de eficacia, en términos de estricta justicia, para el proceso penal, impone una alternativa, de la que se hacen eco sentencias como la del Tribunal Constitucional 8/2000 de 17.1 y la de esta Sala 550/2001 de 3.4 , entre otras, asentadas sobre las siguientes aseveraciones en orden a la transferencia mediata de la nulidad por vulneración del derecho fundamental a una prueba que directamente no produjo esa vulneración:

a) que en primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido, y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que sea ésta.

b) que la nulidad institucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una "conexión causal" entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.

c) Por ultimo, y esto es lo mas determinante, que no basta con el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante debe de existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando "conexión de antijuricidad", es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron, y desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran el rechazo de la eficacia probatoria del material derivado.

En definitiva, que para que tan nocivos efectos se produzcan es siempre necesario que la admisión a valoración de una prueba conculque también, de alguna forma, la vigencia y efectividad del derecho constitucional infringido por la originaria que, de este modo, le transmite una antijuricidad que la obligación de tutela de aquel derecho está llamada a proscribir. De no ser así, aunque la segunda prueba haya sido obtenida a causa de la constitucionalmente inaceptable, conservará su valor acreditativo, pues esa vinculación causal se ha producido en virtud de unos resultados fácticos que no pueden excluirse de la realidad y no existen razones de protección del derecho vulnerado que justifiquen unas consecuencias más allá de la inutilización del propio producto de esa vulneración.

Recordaba la STS 2210/2001 de 20.11 , que el tema ha sido abordado en diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han deslindado cuidadosamente la causalidad material de la causalidad jurídica en relación a la extensión que ha de dársele a la nulidad de una prueba y las consecuencias que de ella se deriven, de suerte que no es la mera conexión de causalidad la que permite extender los efectos de la nulidad a otras pruebas, sino la conexión de antijuricidad la que debe de darse.

En palabras de la STS 161/99 de 3.11 , es la conexión de antijuricidad con las otras pruebas lo que permite determinar el ámbito y extensión de la nulidad declarada, de suerte que si las pruebas incriminadoras "tuvieran una causa real diferente y totalmente ajenas (a la vulneración del derecho fundamental) su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería indiscutible..." Doctrina que constituye un sólido cuerpo jurisprudencial del que pueden citarse las SSTC 81/98 , 49/99 , 94/99 , 154/99 , 299/2000 , 138/2001 .

En idéntico sentido podemos decir con la STS 498/2003 de 24.4 y la muy reciente 1048/04 de 22.9 , que hay que diferenciar entre las pruebas originales nulas y las derivadas de estas ya directa o indirectamente, de acuerdo con lo prevenido en el art. 11.1 LOPJ ., de aquellas otras independientes y autónomas de la prueba nula y ello porque si bien desde una perspectiva de causalidad material pueden aparecer conectadas con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho deben estimarse independientes jurídicamente por proceder de fuentes no contaminadas, como serían aquellas pruebas obtenidas fruto de otras vías de investigación tendente a establecer el hecho en que se produjo la prueba prohibida, como sería el supuesto de nulidad de unas intervenciones telefónicas que no extendería a los conocimientos policiales exclusivamente obtenidos a



través de vigilancias estáticas y seguimientos acordados al margen de aquella intervención, o bien en aquellos casos en los que no se de la llamada conexión de antijuricidad entre la prueba prohibida y la derivada.

En similar dirección el Tribunal Constitucional en reciente sentencia 66/2009 de 9.3 , ha precisado que la valoración en juicio de pruebas que pudieran estar conectadas con otras obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos requiere un análisis a dos niveles: en primer lugar, ha de analizarse si existe o no conexión causal entre ambas pruebas, conexión que constituye el presupuesto para poder hablar de una prueba derivada. Sólo si existiera dicha conexión procedería el análisis de la conexión de antijuricidad (cuya inexistencia legitimaría la posibilidad de valoración de la prueba derivada). De no darse siquiera la conexión causal no sería necesaria ni procedente analizar la conexión de antijuricidad, y ninguna prohibición de valoración de juicio recaería sobre la prueba en cuestión. En definitiva, se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos fundamentales, pero jurídicamente independientes, esto es, las pruebas derivadas o reflejas (por todas SSTC. 81/98 de 2.4 , 22/2003 de 10.2 ).

Por último el Tribunal Constitucional ha afirmado que la valoración acerca de si se ha roto o no el nexo entre una prueba y otra no es, en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada que corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitándose el control casacional a la comprobación de la razonabilidad del mismo ( STC. 81/98 de 2.4 , citando ATC. 46/83 de 9.2 , y SSTs. 51/85 de 10.4 , 174/85 de 17.12 , 63/93 de 1.3 , 244/94 de 15.9 ).

Particularmente interesante es la STS. 811/2012 de 30.10 que constata que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Así por ejemplo, en Portugal, donde la regla de exclusión de la prueba ilícita está incorporada a la propia Constitución (art 32 ), el denominado "*efecto-a-distancia*", o efecto reflejo de la nulidad en otras pruebas derivadas, está matizado por la singularidad del caso, el tipo de prohibición de prueba vulnerado, la naturaleza e importancia del derecho en conflicto, el bien jurídico o interés sacrificado, el sujeto pasivo de la vulneración, etc.

En Italia, donde la regla de la "*inutilizzabilità*" de las pruebas obtenidas quebrantando prohibiciones legales fue incorporada al art 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, la polémica figura de la "*inutilizzabilità derivata*" se aplica también de forma matizada. La ausencia de una normativa específica sobre la propagación de la nulidad, salvo en materia de secreto de Estado (Ley 3 de Agosto de 2007 ) da lugar a soluciones jurisprudenciales muy variadas. Como ejemplo de exclusión de la ineficacia derivada puede citarse la Sentencia de la Corte de Casación, Cass. Sec.VI, de 27 de marzo de 2009.

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "*principio de lealtad en la aportación de la prueba*" , en la alemana, en la que se aplica la "*teoría de la ponderación de intereses*" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("*fernwirkung des Beweisverbots*"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art 359 del Código de Procedimiento Procesal , pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

Y si acudimos fuera del espacio judicial europeo, al propio Tribunal Supremo norteamericano, pionero en la aplicación de esta doctrina ("*fruits of the poisonous tree*"), es indudable que resoluciones como Hudson vs. Michigan, o Herring vs. United States, han atenuado mucho los efectos de la "*exclusionary rule*". Aun sin compartir, obviamente, esta regresión, es claro que **la aplicación absolutamente ilimitada de la regla de la contaminación de los frutos del árbol prohibido carece en el sistema procesal penal actual de referentes en el Derecho Comparado**, por lo que la aplicación de la doctrina matizada del Tribunal Constitucional a través de la teoría de la conexión de antijuricidad resulta lo más coherente con el modelo procesal penal vigente en los países de nuestro entorno.

En el caso actual al ser el motivo consecuencia del anterior y partir de la declaración de nulidad del delito inicial acordando la intervención telefónica de 31.10.10, al no ser procedente tal nulidad tampoco lo es la del resto de las pruebas que se dice derivadas de aquella intervención.

El motivo, por lo expuesto, deviene improsperable.

**CUARTO: El motivo tercero por infracción de precepto constitucional con cauce en el art. 5.4 LOPJ , y art. 852 LECrim , vulneración derecho fundamental a la presunción de inocencia ex art. 24 CE , en relación con el delito de tenencia ilícita de armas, ex art. 563 CP .**





Se solicita la absolución del recurrente del delito de tenencia ilícita de armas, dado que respecto del elemento del tipo de uso indistinto del arma existe un absoluto vacío probatorio, al ser el discurso de la sentencia en orden a concluir dicho dato fáctico irracional atendiendo que la posesión del arma la tiene el coacusado Leon Victorino , según hechos probados, pero acude a tener por probado "el uso indistinto" de la misma para condenar al recurrente Florencio Oscar , sin motivar en base a qué medios probatorios llega a tal conclusión, por cuanto el único dato de la utilización del arma en la comisión del robo en casa del Sr. Victorino Jenaro , arma que portaba el acusado Leon Victorino , solo permitiría condenar a todos los intervinientes por el robo con violencia con uso de arma, pero no acredita el uso compartido o indistinto por el que se condena a la tenencia ilícita de armas en el caso del recurrente.

Como hemos explicado en SSTs. 210/2012 de 15.3 , 503/2013 de 19.6 , 209/2012 de 20.3 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo ( STS. 299/2004 de 4.3 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias ( art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" ( STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí ( STC. 300/2005 de 2.1 , FJ. 5).



En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000 , 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-.

Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTs de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1 , hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas validas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la proyectiva de la coherencia lógica y de la razón.



A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencia, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

Por otro lado a falta de prueba directa, hemos dicho en STS. 391/2010 de 6.5 , que, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

- 1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.
- 2) Los hechos constitutivos del delito o la participación del acusado en el mismo, deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.
- 3) Para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.
- 4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" ( SSTC 220/1998 , 124/2001 , 300/2005 , y 111/2008 ). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde **su suficiencia o calidad concluyente** (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de intermediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' ( STC 229/2003 de 18.12 , FJ. 24).

En este sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007 , partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, si a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si ( SSTC. 145/2003 de 6.6 , 70/2007 de 16.4 ).



En definitiva el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia -se dice en la STS 1373/2009 de 28-12 - se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000; 4-6-2001 , 28-1-2002 , STS 1171/2001 ; 6/2003 ; 220/2004 , 711/2005 ; 476/2006 ; 548/2007 , entre otras-.

Por tanto, no es misión ni cometido de la casación ni decidir ni elegir, sino controlar el razonamiento con el que otro tribunal justifique su decisión, es decir, la función casacional no consiste en seleccionar, entre las distintas versiones sometidas a la consideración de la Sala, cuál de ellas resulta más atractiva, ni siquiera se trata de optar entre la valoración probatoria que proclama el Tribunal de instancia y la que con carácter alternativo formula el recurrente, sino si en esa valoración la Sala ha respetado las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos.

El motivo debería ser estimado.

Así en relación al delito de tenencia ilícita de armas, como señalan las SSTs. 483/2004 de 12.4 , 489/2005 de 14.4 , 285/2014 de 8.4 , 689/2014 de 21.10 , es una infracción de pura actividad, incluida ahora dentro del título concerniente al orden público, como infracción formal de riesgo abstracto, general o comunitario.

Se ha considerado que el tipo delictivo protege la seguridad, no sólo la del Estado, sino la comunitaria, tratando de restringir el peligro que comportan las armas de fuego, sometiéndolas a un control administrativo y sancionando la tenencia de las mismas si se prescindía de tal control, y se ha caracterizado el tipo de tenencia ilícita de armas de delito de mera actividad o formal -en cuanto no exige la producción de lesión o daño-permanente en cuanto su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre el armas, y de peligro abstracto ( SSTs. 326/96 de 15.4 y 136/2001 de 21.1 ).

Por la jurisprudencia (ver STS. 754/2001 de 7.5 ) se han señalado también los elementos del delito:

a) El elemento dinámico estriba en la mera posesión, bastando una relación entre la persona y el arma que permite una disponibilidad de ésta y su utilización a la libre voluntad del agente para los fines propios de tal instrumento. La tenencia debe superar lo que es un pasajero contacto, a efectos de examen, o la ocupación fugaz propia de un servidor de la posesión, como sucede en el caso de reparador o transmisor. Puede distinguirse en la posesión el componente físico o "corpus possessionis" y el subjetivo o "animus possidendi" o "detinendi", sin que sea exigible el "animus domini" o "rem sibi habendi".

b) El elemento material u objetivo consistirá en el arma de fuego, caracterizado como instrumento apto para disparar proyectiles, mediante la deflagración de la pólvora. Requisito necesario del elemento es que el arma se halle en condiciones de funcionamiento, no apreciándose tal capacidad en aquellas armas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. Se ha estimado que el arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo. La idoneidad del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial que debe ser acreditado por la Acusación ( SS. 242/98 de 20.2 y 273/99 de 18.2 ).

c) El elemento jurídico extrapenal consistirá en la falta de habilitación administrativa de la posesión del arma; y

d) El elemento subjetivo estribará en el conocimiento de que el arma poseída es de fuego, con idoneidad para disparar y de que no puede poseerse lícitamente sin guía de pertenencia y licencia de armas, habiendo excluido la jurisprudencia el error de prohibición que contempla el art. 14 del CP . en los supuestos de tenencia de aparatos con capacidad de perpetrar proyectiles, no aceptando que pueda creerse que no se exige control administrativo para la posesión de tales instrumentos ( STS. 329/96 de 15.4 ).

En definitiva como elemento subjetivo atinente a la culpabilidad se exige el animus possidendi, esto es el dolo o conocimiento a que se tiene el arma careciendo de la oportuna autorización, con la voluntad de tenerla a su disposición, pese a la prohibición de la norma ( SSTs. 201/2006 de 1.3 , 960/2007 de 29.11 ), bien entendido que no hay dolo específico, siendo suficiente con que el sujeto tenga conocimiento de que posee un arma de fuego sin la correspondiente licencia o autorización administrativa y con que tenga voluntad de poseerla ( SSTs. 630/99 de 26.4 , 84/2010 de 18.2 ).

e) 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 **a pesar de que físicamente no pudiera ser detenida más que por uno solo si de la generación de un delito subsiguiente se tratare** ( STS. 84/2010 de 18.2 ), siendo lo importante a estos efectos, prescindiendo de que con el arma se lleve a cabo cualquier otra infracción, siendo lo importante se repite, que ese goce plural, en cuanto a los sujetos intervinientes, sea consecuencia de su común conocimiento, de una tácita unión de voluntades, de una especie de "societas scaelaris" que lleva en fin todos los copartícipes a una responsabilidad por participación .

Igualmente en las SSTS. 92/2006 de 9.2 y 1348/2004 de 25.11 , se precisa que en el delito de tenencia ilícita de armas, "además de los requisitos derivados de la tenencia y subjetivos sobre esa tenencia, se reconoce la coautoría en casos de tenencia compartida siempre que exista disponibilidad indistinta de las armas por parte de los coacusados que constituyan una asociación, aun transitoria, para la ejecución de hechos delictivos poniendo a disposición común e indistinta aquellas armas, aun cuanto pertenezcan individualmente a uno de ellos, pero resultan afectadas para la perpetración de los hechos en su conjunto, dependiendo su uso individual del papel o "rol" asignado a cada uno de los partícipes".

En el caso presente el arma, en las dos ocasiones que se detallan en el factum siempre es utilizada por el mismo coacusado, Leon Victorino , el conocimiento de su porte e incluso de su uso intimidatorio, por los demás acusados presentes, genera que la agravación prevista en el art. 242.3, les sea aplicable, pero inferir de ello que todos tenían la plena disponibilidad de la pistola y podían usarla indistintamente, es una inferencia excesivamente abierta, ante la ausencia de un razonamiento lógico y con base probatoria de cómo y por qué queda acreditado ese uso indistinto y disponibilidad del arma que sólo utilizaba uno de los acusados, y si bien este recurrente tuvo que conocer tal uso en el robo cometido en la vivienda de Victorino Jenaro y se aprovechó para cometer el atraco con mayor facilidad, tal conocimiento justifica el que al no poseedor puede serle aplicada la agravación específica del apartado 3 art. 242 CP , prevista para el caso de robo con armas u otros instrumentos peligrosos, pero no el que pueda ser considerado coautor en el delito de tenencia ilícita de armas.

**QUINTO: El motivo cuarto por infracción de Ley art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 563 en cuanto al delito de tenencia ilícita de armas,** al ser consecuencia anterior, su estimación le deja sin contenido práctico.

**SEXTO: El motivo quinto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del art. 25.1 CE , derecho fundamental al principio de legalidad, en relación a los arts. 242.3 y 564.1.1 CP . por infracción del principio non bis in idem,** habida cuenta que se castiga al recurrente por un mismo hecho (conocimiento y asunción de que otro coacusado era portador de un arma) hasta en dos ocasiones: por un delito de robo con intimidación y uso de arma y por un delito de tenencia ilícita de armas, lo que implica la respuesta penal sea desproporcionada con vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, art. 25 CE .

El motivo al haber sido estimado el motivo tercero y absuelto el recurrente del delito de tenencia ilícita de armas ha quedado sin efectos prácticos. No obstante un análisis resulta necesario, en cuanto otro de los acusados, Leon Victorino sigue siendo condenado por ambos delitos.

La impugnación del recurrente resulta injustificada.

Como hemos dicho en reciente STS. 97/2015 de 24.2 , la doctrina científica y jurisprudencia son contestes en considerar que el concurso de leyes se produce cuando un mismo supuesto de hecho o conducta unitaria pueden ser subsumidos en dos o más distintos tipos o preceptos penales de los cuales sólo uno resulta aplicable so pena de quebrantar el tradicional principio del "non bis in idem". Distinto es el caso del concurso ideal de delitos, que tiene lugar cuando también concurren sobre un mismo hecho varios preceptos punitivos que no se excluyen entre sí, siendo todos ellos aplicables ( SSTS. 1424/2005, de 5.12 , 1182/2006, de 29.11 , 1323/2009 de 30.12 ).

Entre uno y otro supuesto existe una diferencia esencial u ontológica que radica en que en el concurso de normas el hecho o conducta unitaria es único en su vertiente natural y en la jurídica, pues lesiona el mismo bien jurídico, que es protegido por todas las normas concurrentes, con lo que la sanción del contenido de la antijuridicidad del hecho se satisface con la aplicación de una de ellas, porque la aplicación de las demás vulneraría el mencionado principio del "non bis in idem". En cambio, en el concurso ideal de delitos, el hecho lesiona distintos bienes jurídicos, cada uno de los cuales es tutelado por una norma penal concurrente, de suerte que aquel hecho naturalmente único es valorativamente múltiple, pues su antijuridicidad es plural y diversa, y para sancionar esa multiplicidad de lesiones jurídicas es necesario aplicar cada una de las normas que tutelan cada bien jurídico lesionado.



En definitiva, como recuerda la STS. 342/2013 de 17.4 , el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (cfr. STS 254/2011, 29 de marzo ).

Pues bien en el caso sometido a nuestra consideración, una y otra figura delictiva (delito de robo con intimidación y uso de armas y delito de tenencia ilícita de armas) protegen bienes jurídicos distintos, el patrimonio y la integridad física en el caso de robo, y la seguridad general de la comunidad, puesta en peligro cuando son detentadas armas de fuego con posibilidad de uso por personas que no han sido objeto de controles y comprobaciones necesarias para tener licencia que les habilite para su utilización. Ponderando el plus de antijuricidad y de peligrosidad que comporta en la ejecución del robo violento, el legislador ha querido atribuir una sanción mas intensa cuando medie el uso de arma, lo que no impide, en el caso que nos ocupa, la comisión del otro ilícito dado que la detentación del arma no fue momentánea con respecto al coacusado Leon Victorino .

La jurisprudencia especifica a la hora de considerar la plena compatibilidad entre los tipos de robo con intimidación y uso de arma y el delito de tenencia ilícita de armas, considerando que ambos se rigen por las normas del concurso real de delitos, SSTs. 29.1.2001 , 30.1.2001 , reconocen la aplicación en relación de concurso real de ambos tipos delictivos precisamente sobre la base de los diferentes bienes jurídicos en cada uno de los casos y el ATS. 8.9.2005 , dice lo siguiente: "Naturalmente, entre el delito de tenencia ilícita de armas y el robo con violencia no existe una relación de especialidad, subsidiaridad o consecución, ni ninguna otra que permita apreciar un concurso (aparente) de leyes, por lo que difícilmente el primero puede quedar absorbido por el segundo, como lo pretende el recurrente, entre ambos hay, lisa y llanamente, un concurso de delitos, como correctamente ha apreciado el tribunal de instancia".

El motivo, por lo razonado, debe ser desestimado.

**SEPTIMO: El motivo sexto por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del delito de tenencia ilícita de armas, ex arts. 563 CP , en relación con la vulneración del art. 25 CE .**

Siendo el motivo consecuencia del anterior desestimado que ha sido este, la improsperabilidad del presente deviene necesaria.

**OCTAVO: El motivo séptimo por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 269 CP , en relación con el art. 242.2 CP , e indebida inaplicación de un delito de robo con intimidación en grado de tentativa inacabada.**

Se señala en el motivo que la sentencia considera que la secuencia consistente en coger un vehículo en Barcelona, desplazarse hasta la localidad de Llinars, llevar cada uno de los acusados efectos e instrumentos idóneos para cometer un delito de robo con intimidación y similares a los utilizados en el anterior robo, aparcar en frente del domicilio objetivo del robo, apearse del vehículo y dirigirse a la puerta del mismo, siendo detenidos en este momento, no constituye el inicio de la ejecución, sino que tan sólo dan pie para fundamentar la conspiración, al concurrir sus dos elementos fundamentales: el "pactum scaeleris" o concierto previo entre los procesados para realizar el delito de robo en el domicilio de Dimas Urbano ; y la resolución firme de ejecutar el hecho. El recurrente discrepa de tal interpretación entendiéndolo que los hechos probados describen un inicio de la ejecución, lo que determina que sean subsumibles en el delito de robo en grado de tentativa inacabada y debe rebajarse la pena en dos grados.

El motivo deviene improsperable.

Los arts. 17 y 18 CP , contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas de voluntad, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto a los actos preparatorios como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de su no punición. Solo excepcionalmente se castigarían éstas últimas cuando de forma expresa los prevea la Ley ( SSTs. 440/2006 de 7.4 , 841/2006 de 22.9 , 1145/2006 de 23.5 ).

En cuanto a la conspiración es una conducta delictiva de pura intención que existe cuando dos o mas personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trata de una fase del "iter criminis" anterior a la ejecución -entre la mera ideación impune



y las formas ejecutivas imperfectas, ya se considera una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciativa ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o cómplices de un delito intentado o consumado ( SSTS. 556/2006 de 31.5 , 872/2006 de 11.9 , 77/2007 de 7.2 , 689/2014 de 21.10 ).

La STS. 886/2007 de 2.11 , destaca "los elementos que la doctrina científica y jurisprudencial ha venido estableciendo para que pueda hablarse de conspiración":

- a) ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas.
- b) orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo, cuyo castigo ha de estar previsto en la ley de forma expresa ( art. 17-3 C.P .).
- c) decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado.
- d) actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.
- e) viabilidad del proyecto delictivo".

Por tanto existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, pero tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado pasa a vías ulteriores de realización cualquiera que estas sean, ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser estos puestos en marcha ( SSTS 543/2003, de 20-5 , 120/2009, de 9-2 ).

Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de "dinámica propia", no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o "dependiente" de otro que podemos llamar "principal", o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente "mediato" y no "inmediato", de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro ( STS. 1129/2002 de 18.6 ).

Por ello, la independencia topológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la "ejecución de un delito" y, de otro, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito "matriz"), en este caso concreto, al tratarse de delito de robo, art. 269 CP , con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél.

En definitiva, la STS. 1129/2002 de 28.6 , recuerda que es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. En este sentido han de considerarse actos ejecutivos aquellos que imponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalística con ella ( SSTS. 357/2004 de 19.3 , 1479/2012 / de 16.9).

En el caso presente podrá discutirse si nos encontramos ante un caso de conspiración o un caso de tentativa inacabada, pero lo que no resulta de recibo es que al preverse tanto en el art. 269 como en el art. 62 la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado y constituyendo la tentativa en plus de ejecución respecto de la conspiración, si la Sala de instancia califica los hechos como de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada y considera imposible la pena inferior en un grado "visto lo avanzado de la preparación del delito a punto de iniciarse la fase de ejecución cuando se frustra el plan", se pretende calificando los hechos como de tentativa inacabada la rebaja en dos grados de la pena, olvidando que la rebaja en uno o dos grados no depende de manera automática a que la tentativa sea acabada o inacabada, rebajando respectivamente uno o dos grados, sino que hay que atender a dos criterios legales: el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado. Por tanto aquel criterio no es de aplicación sistemática ni mecánica, y el Tribunal sentenciador, al abordar el hecho enjuiciado, puede separarse de aquél y aplicar la degradación penológica en la extensión que considere ajustada a las pautas legalmente establecidas, pero en tal supuesto habrá de justificar su decisión consignando en la sentencia los argumentos y razones que fundamenten esa resolución restrictiva ( SSTS. 592/2002 de 27.3 , 280/2003 de 28.2 ), pero lo que no puede aceptarse, como pretende el recurrente, que por tratarse de tentativa inacabada, necesariamente debe rebajarse la pena en dos grados, pues el legislador no lo ha establecido así y no cabe, por esta vía jurisprudencial, resucitar la distinción entre tentativa y frustración, con unos efectos punitivos que ni siquiera se establecían en el Código Penal anterior, ya que en éste la tentativa (equivalente a la actualmente denominada tentativa inacabada) permitía rebajar la pena en dos grados pero no lo imponía ( STS. 714/2002 de 26.4 ).



El motivo en consecuencia se desestima.

**NOVENO: El motivo octavo por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del art. 24 CE , derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación al art. 570 iter del CPenal ,** dado que desde una perspectiva de control externo la sentencia no permite conocer en base a qué medios de prueba o datos externos o razonamiento infiere que ha quedado probado el elemento del tipo de pluralidad (más de dos personas) del delito de grupo criminal, al no constar la prueba a través de la cual permite concluir que los acusados Lucas Dionisio y Leonardo Victorio sean integrantes de dicho grupo.

Como hemos dicho en SSTs. 337/2014 de 16.4 y 577/2014 de 12.7, que entre las novedades, introducidas por la reforma operada en el CP por la LO.5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el T. XXII del L. II, que comprende los arts .570 bis , 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente "todas las formas de criminalidad organizada", y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la UE. en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal. Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el "Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada", que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba , en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003. E igualmente la decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Por ello en la Exposición de Motivos de la referida LO. 5/2010 de 5.6, como recuerda la STS. 271/2014 de 25.3 - se expone, para justificar las innovaciones relativas a los nuevos tipos penales de organización que " *Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales . La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina **grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes** "*.

"*La estructura de las nuevas infracciones -añade la exposición de motivos de la LO 5/2010- responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, **cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico** , y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas* " .

Asimismo en recientes sentencias 513/2014 de 24.6 , 371/2014 de 7.5 , la nueva regulación del CP tras la reforma operada por la LO 5/2010 , contempla, como figuras delictivas diferenciadas, la organización criminal y el grupo criminal.

El art. 570 bis define a la organización criminal como: " *La agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*".

Por su parte el art. 570 ter in fine, describe el grupo criminal como "*la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*".

Por lo tanto, ambas precisan la unión o agrupación de mas de dos personas y la finalidad de cometer delitos, pero mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el grupo criminal puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos.





Por tanto el grupo criminal requiere solamente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos o reiteradamente faltas. La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas -lo que excluye en supuestos de transitoriedad que habrían de incluirse en su caso, en la figura del grupo criminal.

La jurisprudencia se ha preocupado de la diferenciación entre la organización criminal y el grupo criminal, entre ellas las SSTs. 309/2013 de 1.4 , 855/2013 de 11.11 , 950/2013 de 5.12 , 1035/2013 de 9.1.2014 .

En las STS nº 855/2013 y 950/2013 , se señalaba que el legislador, con la reforma pretendía aportar instrumentos útiles "1º) Para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis. 2º) Para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter". Reconociendo, por lo tanto, dos niveles de peligro para los bienes jurídicos protegidos, que hacían a las respectivas conductas acreedoras a distinta gravedad en la sanción penal. No debe realizarse, por lo tanto, una interpretación extensa del concepto de organización, ya que conduciría a incluir en el mismo supuestos más propios, por su gravedad, del concepto de grupo criminal, con el riesgo de dejar a este prácticamente vacío de contenido.

Por ello la inclusión de determinadas conductas en el grupo criminal, prescindiendo de la figura de la organización criminal, tanto en relación a los artículos 570 bis y siguientes, como, concretamente, respecto del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del artículo 369 bis del Código Penal , se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan. ( STS. 1035/2013 ). Por su parte el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas), pero carece de una estructuración organizativa perfectamente ( STS. 950/2013 ).

Por su parte la STS. 309/2013 de 1.4 , incide en la necesidad de distinguir, entonces, el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el 13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.

En el artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Por tanto, interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.

**DECIMO:** En el caso que se analiza, tal como destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe impugnando el motivo. En el fundamento tercero se detalla la prueba que le ha servido para considerar probada la existencia del grupo criminal. Se expone que, a raíz de las intervenciones telefónicas, los agentes, conforme testificaron en el juicio oral, procedieron a seguir a Leon Victorino , observando que se encontró en un bar con



quien es identificado como Florencio Oscar y posteriormente en otro seguimiento comprobaron en la calle Cardenal Reig la presencia de Leon Victorino con Lucas Dionisio y con Leonardo Victorio . Los agentes NUM008 y NUM009 relataron en el juicio que el día 20 de noviembre, domingo, observaron que Leon Victorino , acompañado de Leonardo Victorio y Lucas Dionisio , conducía un vehículo con el que se dirigió hacia la localidad de Llinars del Vallés, donde permanecieron alrededor de una hora en las inmediaciones del domicilio de Dimas Urbano , aproximándose Leon Victorino y Leonardo Victorio a las puertas del domicilio para luego regresar al vehículo, optando finalmente por marcharse del lugar.

El resultado de este seguimiento se pone en relación con la conversación mantenida por Leon Victorino el día 22 de noviembre con una persona identificada (transcrita al folio 276) en la que el primero habla de que el domingo le llamó "el otro chaval que va conmigo y dice oye vamos a ir para allá... fuimos para allá y en la casa de al lado que nunca hay nada, todo el fin de semana hubo gente... bueno hoy voy para allá... mientras este allí apago el teléfono...".

Como consecuencia de los seguimientos y de esta conversación, los agentes de policía tuvieron claro que el día 22 de noviembre se iba a producir el asalto en el domicilio de Dimas Urbano , continuando por ello con el seguimiento, durante el cual observaron que Leon Victorino se reunía con el acusado Leon Lucio y que luego éste habló por teléfono con el primero para mandarle un chico que resultó ser Ricardo Eloy , persona que fue detenida después junto con Leon Victorino y Florencio Oscar en la puerta del domicilio de Llinars del Vallés.

Y finalmente dispuso el Tribunal como prueba de cargo los efectos hallados en poder de Leon Victorino en el momento de su detención (además de la pistola y la placa del Cuerpo Nacional de Policía, una agenda con anotaciones de diversas matrículas de vehículos, entre otras las pertenecientes a Victorino Jenaro y a Dimas Urbano ) y el resultado de la diligencia de entrada y registro en el domicilio de Leon Victorino (un chaleco reconocido por Victorino Jenaro , un teléfono, pasamontañas, esposas, una barba y una peluca postizas, unos walkie talkies, un cañón de arma de fuego y documentación de una empresa, cuyos propietarios estaban siendo seguidos por Leon Victorino ).

Con estas pruebas, el Tribunal concluye en el fundamento segundo que ha quedado acreditada *"la existencia de un grupo criminal para llevar a cabo acciones delictivas, básicamente asaltos a viviendas, formado por los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar , Lucas Dionisio y Leonardo Victorio (...). Estas personas, reunidas básicamente alrededor de Leon Victorino , en cuyo domicilio se encontraron los elementos indispensables para la realización de atracos de forma similar a la que se empleó en el domicilio de Victorino Jenaro , quedaban con él y así lo comprobó la policía en diferentes ocasiones para simplemente pasear por zonas de Barcelona en las que, curiosamente, no existía ninguna tienda o establecimiento comercial sino tan sólo viviendas, mirando en los portales (...) o los diferentes realizados a Llinars del Vallés; en concreto el domingo anterior al atraco a la casa de Dimas Urbano con Leonardo Victorio en que, según se desprende de las llamadas telefónicas (conversación al folio 176), si no hubiera sido porque ese día había gente en la casa de al lado, se hubiese llevado a cabo el asalto, en el que finalmente no participó este acusado, lo que pone de manifiesto que la ejecución de la operación podía subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes. Por tanto, Leon Victorino tenía una serie de personas con las que podía repartirse la ejecución de los atracos y su preparación, aparte de que contaba con otras personas que también la facilitaban material humano (como Leon Lucio con Ricardo Eloy ) lo cual supone un aliud y un plus, frente a la mera codelicuencia como viene exigiendo la jurisprudencia para la aplicación de grupo criminal en cuanto a la mayor facilidad en la realización de los asaltos y aumento del número de posibles objetivos"*.

En el presente caso, razona la sentencia suficientemente la existencia de grupo criminal no sólo por estar integrada por cuatro personas concertadas con una mínima organización, con reparto de tareas y proyectos de llevar a cabo atracos en viviendas, sino también por contar con medios para ejecutar los hechos delictivos y por tener capacidad para contratar a personas ajenas al grupo criminal para la ejecución del proyectado asalto.

Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo.

**DECIMO PRIMERO: El motivo noveno por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 570 ter del CP .**

El motivo esta supeditado al anterior en cuanto se tendría por no probado que los coacusados Lucas Dionisio y Leonardo Victorio se hubieran unido o concertado con el resto de los acusados con el animo de adquirir y en consecuencia se encontraría ausente un elemento del tipo: la existencia de más de dos personas unidas por la voluntad de delinquir, por lo que desestimado que ha sido, el presente debe seguir igual suerte desestimatoria.

**DECIMO SEGUNDO: El motivo décimo por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 570 ter 2 b del CP , por entender que los hechos probados no constituyen la figura agravada del grupo criminal con uso de arma, al encontrarse ausentes en el relato fáctico todos los elementos del tipo**



penal, no quedando, por ello, justificada la exasperación punitiva que obliga a imponer la pena en su mitad superior, cuando el grupo disponga de armas o instrumentos peligrosos.

El motivo deberá ser desestimado.

Es cierto que si al grupo criminal se le exige una cierta estabilidad o jerarquía como notas características, la aplicación del art. 570 ter 2 b debe interpretarse en el sentido de requerir que el uso de las armas o instrumentos peligrosos sea parte indiscutible del modus operandi y constituya un uso reiterado en los delitos que se cometan, formando parte de la infraestructura que el grupo utilice para su cometido. Interpretación ésta la más respetuosa con el sentido literal y teleológico del tipo y la más beneficiosa para el reo.

En este sentido el recurrente insiste en que en el factum se considera probado que: Leon Victorino (...), Florencio Oscar (...), Lucas Dionisio (...), y Leonardo Victorio (...), formaron al menos durante los meses de octubre y noviembre de 2011 un grupo estable cuyo fin era la comisión de robos en casa habitada, manteniendo entre ellos contacto y reuniéndose en ocasiones para hacer seguimientos de sus posibles víctimas, aparte de llevar a cabo materialmente su comisión, teniendo entre ellos una posición preponderante Leon Victorino , que proveía de medios materiales al grupo, esto es no se recoge que el grupo criminal utilice o disponga de armas o instrumentos peligrosos.

Afirmación ésta que no resulta asumible por cuanto en el apartado segundo del factum se considera probado que los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar y Lucas Dionisio entraron en casa del Sr. Victorino Jenaro portando dos pistolas, una de ellas la semiautomática marca Star 9 mm, nº serie NUM005 que llevaba el primero, y en el apartado cuarto en la composición para cometer el delito de robo violento en la casa del Sr. Dimas Urbano , al ser detenidos Leon Victorino , Florencio Oscar y Ricardo Eloy , se le ocupó al primero la misma pistola semiautomática.

Por ello nos encontramos ante un grupo estable cuyo fin era la comisión de delitos de robo en casa habitada y al menos en dos de ellos, uno de los acusados portaba una pistola semiautomática con conocimiento por parte de todos ellos. Siendo así si entre los integrantes del grupo existía esa relación de asociación para la comisión de delitos de robo y todos los intervinientes se aprovechaban del porte y exhibición de la pistola, la concurrencia del tipo agravado del art. 570 ter 2 b) debe ser mantenida.

**DECIMO TERCERO: El motivo decimoprimer por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por conculcación del art. 24 CE , derecho fundamental a la presunción de inocencia, en relación al art. 242.3 CP .** considera que la sentencia vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia por cuando da por probado el uso de un arma en méritos a lo declarado por el Sr. Victorino Jenaro .

El motivo se desestima.

La credibilidad mayor o menor de los testigos, como las contradicciones entre pruebas de cargo o de descargo son cuestiones que pertenecen al ámbito valorativo que le corresponde al Tribunal de instancia, y si bien ello no arrastra, como consecuencia, que tales cuestiones no deban ser objeto de una exteriorización racional en términos justificativos. Precisamente, ésta constituye la esencia del deber de justificación externa de las premisas escogidas para la conclusión probatoria y en este punto adquiere similar importancia explicar porqué se cree a un testigo como dar cuenta del porqué no se cree al testigo que afirma hechos contrarios.

En definitiva, en las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos), como pruebas directas, se debe distinguir en primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos.

Esta estructura racional del discurso valorativo -como hemos dicho en el motivo tercero- puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( art. 9.1 CE ).

En el caso actual la sentencia da por probada la utilización de la pistola semiautomática marca Star 9 mm. con nº serie NUM005 en el robo cometido el 11.10.2011 en el domicilio de Victorino Jenaro -la misma arma que le fue ocupada al coacusado Leon Victorino en el proyectado robo en el domicilio de Dimas Urbano el 22.11.2011- en base al conocimiento fotográfico de la misma ( Victorino Jenaro reconoció fotográficamente la incautada a Leon Victorino en el momento de su detención como la misma que llevaban los autores en el atraco a su domicilio (ver folio 238), como también el chaleco hallado en el domicilio como aquel que llevaba puesto Leon Victorino ese día (ver folio 2369) ambos reconocimientos ratificados en el plenario").



Testimonio que el tribunal "a quo" considera ausente de datos de la credibilidad subjetiva, persistente y corroborado por datos externos a su declaración.

Siendo así, la Sala realizó un análisis crítico del testimonio de Victorino Jenaro así como de los reconocimientos fotográficos, sin que concurra dato alguno para dudar del reconocimiento del arma, desde el momento que el testigo tuvo tiempo para observarla, dado que el robo en su domicilio duró unos 45 minutos (Pág. 40 sentencia) y se trataba de la misma pistola que pocos días después le fue intervenida a uno de los coacusados Leon Victorino en el proyectado segundo robo

**DECIMO CUARTO: El motivo duodécimo infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación del art. 242.3 CP .**

El motivo, al ser subsidiario del anterior, debe ser igualmente desestimado al estar probado el uso del arma en el robo en casa habitada.

**DECIMO QUINTO: El motivo décimo tercero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim , del art. 24.2 CE , y por infracción de Ley al amparo del art. 849 LECrim , por indebida inaplicación de lo prevenido en el art. 21.6 CP .**

Se argumenta que el presente procedimiento se incoó el 20.10.2011, y desde el 23.11.2011 en que se tomó declaración judicial a los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar y Leon Lucio y se acuerda la prisión provisional de los dos primeros, hasta el 2.1.2013, en que se dicta auto de transformación a procedimiento abreviado, se practicaron (2 diligencias de investigación), todas ellas de oficio o asistencia de las defensas de los imputados, sin que el Ministerio Fiscal se interesara ninguna diligencia de investigación.

Sin embargo el 9.1.2013, el Ministerio Fiscal mediante recurso de reforma y subsidiario de apelación solicitó ex novo la practica de 17 diligencias complementarias (folios 1050 a 1054), cuya practica fueron acordadas por Providencia de 12.2.2013.

Practicadas dichas diligencias entre el 12.2 y el 25.6.2013, en esta fecha se dictó nuevo auto de transformación a Procedimiento abreviado. Por tanto se produjo un retraso de casi 6 meses, totalmente necesario, dado que el Fiscal pudo haber propuesto dichas diligencias pudieron proponerse desde el mismo día de la detención de los acusados.

El motivo debe ser desestimado.

Como hemos dicho en SSTs. 39/2011 de 14.7 , 60/2012 de 8.2 , 37/2013 de 30.1 , 526/2013 de 25.6 , 714/2014 de 12.11, la reforma introducida por L .O. 5/2010, de 22.6 ha añadido una nueva circunstancia en el art. 21 CP , que es la de "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa".

El preámbulo de dicha Ley Orgánica dice que "se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo "los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".

La jurisprudencia de esta Sala -que deberá ser tenida en cuenta para la interpretación del nuevo texto legal de la circunstancia 6 del art. 21- es muy abundante en el sentido de sostener que desde que la pérdida de derechos -en el caso el derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables- sufrida como consecuencia del proceso es equivalente a los males sufridos como consecuencia del delito que, es considerada una pena natural, que debe computarse en la pena estatal impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (es decir: la pérdida de bienes o derechos) y el mal causado por el autor. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad ( STS. 10.12.2008 ), en el mismo sentido, entre otras ( SSTs. 27.12.2004 , 12.5.2005 , 25.1 , 30.3 y 25.5.2010 ).

Ahora bien que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad.

La culpabilidad es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de cometerse éste y el paso del tiempo no comporta, por supuesto, el que esta culpabilidad disminuya o se extinga.

En los casos en que esta Sala hace referencia a ello, por ejemplo STS. 30.3.2010 ,, lo que debe entenderse es que la gravedad de la pena debe adecuarse a la gravedad del hecho y en particular a su culpabilidad, y que si la dilación ha comportado la existencia de un mal o privación de derecho, ello debe ser tenido en cuenta para atenuar la pena. Siendo así en relación a la atenuante de dilaciones indebidas, la doctrina de esta Sala, por todas SSTs. 875/2007 de 7.11 , 892/2008 de 26.12 , 443/2010 de 19.5 , 457/2010 de 25.5 , siguiendo el



criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce a toda persona "el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable", ha señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes: la complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes ( STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España , y las que en ellas se citan).

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24-2 CE mediante la cual poniendo la parte al órgano jurisdiccional de manifiesto en inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa.

En este sentido la sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7-4 , recuerda que para apreciarse la queja basada en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es requisito indispensable que el recurrente les haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en la misma. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso con lo que se presiona el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos de los que, tras la denuncia del interesado -carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso-, el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable, podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este tribunal.

Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo STS 1497/2010, de 23-9 ; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza".

Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe ( art. 11.1 LOPJ ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien sí existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa , sino que se debe concretar los períodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación



( STS 654/2007, de 3-7 ; 890'/2007, de 31-10 , entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la conducta que haga que la pena a imponer resulta desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la pena, subsistente en su integridad.

En el caso presente la causa fue incoada el 20.10.2011, y la sentencia ha sido dictada el 26.6.2014 , esto es el tiempo total de la tramitación de la causa ha sido 2 años, 8 meses y 6 días, deducir de ello que ha concurrido una dilación extraordinaria e indebida... que no guarda proporción con la complejidad de la causa", porque entre el primer auto de transformación de procedimiento abreviado de 2.1.2013, hasta el segundo auto de 25.6.2013 tuvieron que practicarse una diligencias de investigación a instancia del Ministerio Fiscal que pudieron haberse solicitado con anterioridad, no puede ser aceptado.

La dilación por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud -por cualquiera de las partes -acusación o defensa- a que se practiquen diligencias de prueba comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio legítimo de derechos, cuyo respeto por parte del instructor implica asumir la necesidad de proceder a la practica de las diligencias que se solicitan y el transcurso del tiempo necesario para ello, máxime cuando las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal no eran superfluas ni innecesarias y su practica autorizada expresamente por el art. 780.2 LECrim .

**DECIMO SEXTO: El motivo decimocuarto por infracción de Ley con cauce en el art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación de la atenuante de drogadicción, art. 21.7 CP , en relación con el art. 21.2 CP .**

Solicita la aplicación de la atenuante analógica de drogadicción en base a la prueba anticipada del informe de la Dirección General de prisiones que acredita una evolución toxicológica y existiendo una duda sobre la incidencia del consumo debe resolverse a favor del reo en base al principio "in dubio pro reo".

El motivo carece de fundamento y debe ser desestimado.

En efecto en cuanto a la incidencia de la drogadicción en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal hemos dicho en SSTs. 312/2011 de 29.4 , 347/2012 de 2.5 , 38/2013 de 31.1 , 233/2014 de 25.3 , que según la Organización Mundial de la Salud, por droga ha de entenderse "cualquier sustancia, terapéutica o no, que introducida en el organismo por cualquier mecanismo (ingestión, inhalación, administración, intramuscular o intravenosa, etc.) es capaz de actuar sobre el sistema nervioso central del consumidor provocando un cambio en su comportamiento, ya sea una alteración física o intelectual, una experimentación de nuevas sensaciones o una modificación de su estado psíquico, caracterizado por:

1º) El deseo abrumador o necesidad de continuar consumiendo (dependencia psíquica).

2º) Necesidad de aumentar la dosis para aumentar los mismos efectos (tolerancia).

3º) La dependencia física u orgánica de los efectos de la sustancia (que hace verdaderamente necesarias su uso prolongado, para evitar el síndrome de abstinencia).

La OMS define la toxicomanía en su informe técnico 116/57 como "el estado de intoxicación periódica o crónica producido por el consumo reiterado de una droga natural o sintética", y la dependencia como "el estado de sumisión física o psicológico respecto de una determinada droga resultado de la absorción periódica o repetitiva de la misma".

En cuanto a su incidencia en la responsabilidad penal hemos dicho en sentencias de esta Sala 16/2009 de 27.1 ; 672/2007 de 19.7 ; 145/2007 de 28.2 ; 1071/2006 de 9.11 , 282/2004 de 1.4 , las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal, ( arts. 20.2 y 21.1 CP ), o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2ª del Código penal , propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6º.

Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:

1) Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:

a) que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y



b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo. En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que "no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto". Cierto es que la actual atenuante de drogadicción sólo exige que el sujeto actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente referidas, lo cual no permitirá prescindir absolutamente de este requisito, ya que es obvio que la razón que impera en dicha norma es la disminución de su imputabilidad, consecuencia presumida legalmente, ya que tan grave adicción producirá necesariamente ese comportamiento, por el efecto compulsivo que le llevarán a la comisión de ciertos delitos, generalmente aptos para procurarse las sustancias expresadas ( STS. 21.12.99 ), que declaró que siendo el robo para obtener dinero con el que sufragar la droga una de las manifestaciones más típicas de la delincuencia funcional asociada a la droga, la relación entre adicción y delito puede ser inferida racionalmente sin que precise una prueba específica.

3) Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva, o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las "acciones liberae in causa").

4) Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

A) Pues bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la aplicación de la eximente completa del art. 20.1 será sólo posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión ( STS. 21/2005 de 19.1 ).

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatórios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido ( Sentencia de 22 de septiembre de 1999 ).

A ambas situaciones se refiere el art. 20-2º del Código penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

B) La eximente incompleta, precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuricidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva ( art. 21.1ª CP ).

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad ( STS de 31 de marzo de 1997 ), aunque en estos últimos casos solo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.



C) Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP , se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquella. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto.

Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad).

Las SSTs. 22.5.98 y 5.6.2003 , insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP . es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada "a causa" de aquella ( SSTs. 4.12.2000 y 29.5.2003 ). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado "delincuencia funcional" ( STS. 23.2.99 ). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP. y su correlativa atenuante 21.1 CP , en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas.

La STS. de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible.

Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS. 817/2006 de 26.7 , recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTs. 30.5.91 , y en igual sentido 147/98 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la exigente incompleta.

D) Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es mas bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, mas bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la atenuante analógica, art. 21.7 CP .

Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS. 27.9.99 y 5.5.98 , que el consumo de sustancias estupeficientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas.

Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como exigente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupeficientes como al periodo de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones SSTs 16.10.00 , 6.2 , 6.3 y 25.4.01 , 19.6 y 12.7.02 ).

En la STS. 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos "objetivada" en el nuevo CP, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque solo sea ab initio, por su adición grave el consumo de droga.





La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen ( SSTS 15.9.98 , 17.9.98 , 19.12.98 , 29.11.99 , 23.4.2001 , STS. 2.2.200, que cita STS. 6.10.98 , en igual línea SSTS. 21.1.2002 , 2.7.2002 , 4.11.2002 y 20.5.2003 , que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio in dubio pro reo.

En el caso concreto la sentencia recurrida desestima la concurrencia de la atenuante de adicción a sustancias estupefacientes al no quedar acreditada la misma en el momento de los hechos y que el mismo acusado reconoció en el plenario que entonces no era consumidor de sustancias, porque no tenía dinero, aunque lo había sido, en concreto en otros momentos anteriores de su vida, por tanto no cometió los hechos a causa de su adicción a las sustancias estupefacientes, ni tampoco está probado que esa adicción practicada haya afectado sus capacidades intelectivas o volitivas como señala el informe medico forense (folios 814-815).

Razonamiento correcto por cuanto la ofensa al bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, impulsado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. Es cierto que la jurisprudencia del SSTS. 201/2008, de 28-4 , y 457/2007, de 12-6 , ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquellas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece ( STS 28/2004, de 1-3 ). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, no ya de la inviable eximente incompleta, sino de la atenuante de drogodependencia, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del art. 21.2 CP , a saber su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado.

Como recuerdan las SSTS 343/2003, de 7-3 y 507/2010, de 21-5 , lo característico de la drogadicción a efectos penales es la relación funcional con el delito, es decir, que actúe como un elemento desencadenante del mismo, de tal manera que el sujeto activo impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y conecta al hecho delictivo, hace para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar sus posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo continuar con sus costumbres e inclinaciones, no bastando por ello, con la mera condición de consumidor de sustancias estupefacientes, aunque el consumo sea habitual.

RECURSO INTERPUESTO POR Leonardo Victorio

**DECIMO SEPTIMO:** Articula este recurrido tres motivos de casación: **el primero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida de los arts. 570 ter 1 b y 2 b y 242 en relación con el art. 209 CP ; el segundo al amparo del art. 852 LECrim , en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia, y el tercero al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestren la equivocación del juzgador,** por razones metodológicas, y dado que el motivo por infracción de la Ley, art. 849.1 LECrim , exige el más absoluto respeto a los hechos probados, al ser la casación, por este motivo, un recurso extraordinario de fijación de la Ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado, siendo su función comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deben permanecer inalterados, procede un examen en el orden inverso a como han sido articulados.

Así **el motivo tercero denuncia error en la valoración de la prueba,** dado que ni en la documental que consta en las actuaciones, ni a lo largo del transcurso de la vista oral se ha podido acreditar la intervención del recurrente Leonardo Victorio en los hechos que se le imputan. Cuestiona el recurrente los dos seguimientos policiales de 16.11.2011 efectuado por los agentes NUM010 y NUM011 en la calle Cardenal Reig de Hospitales de Llobregat en el que identifican al recurrente como uno de los acompañantes del coacusado Leon Victorino , y el 21.11.2011 a cargo de los agentes NUM008 y NUM009 que identifican a Leonardo Victorio como el acompañante de Leon Victorino que sale desde el domicilio de éste en su compañía y se dirigen a Llinars del Valles.

Asimismo discrepa de las declaraciones testimoniales de los agentes de policía que llevaron a cabo la investigación, básicamente el agente con carnet NUM008 y del contenido de las conversaciones telefónicas, especialmente significativa según la Sala la que mantuvo el coacusado Leon Victorino el mismo día de la detención, 22.11.2011.

El motivo deberá ser desestimado.

Como hemos dicho en reiterada jurisprudencia, por todas SSTS. 539/2013 de 27.6 , 327/2014 de 24.4 y 714/2014 de 12.11 , el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos,



omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim . que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99 ) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento ( STS. 28.5.99 ).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " *literosuficientes* " o " *autosuficientes* ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim . como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " *literosuficiente* " capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo ( STS. 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98 ).

Por ello el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS. 26.2.2008 , 30.9.2005 ), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes. Y esta trascendencia o relevancia se proyecta, en definitiva, sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos, la subsunción de la sentencia sometida a recurso queda privada del necesario soporte fáctico.

En definitiva, como hemos dicho en STS. 366/2012 de 3.5 -, la denuncia de error de hecho permite la modificación, adición o supresión de un elemento fáctico del relato histórico cuando existe en los autos un documento "literosuficiente" o con aptitud demostrativa directa, es decir, que evidencie por sí sólo el error en que ha incurrido el tribunal y ello deba determinar la modificación de los hechos en alguna de las formas



señaladas, siempre y cuando no existan otros medios probatorios que contradigan el contenido del mismo y además que sea relevante para el sentido del fallo.

Por tanto, -sigue diciendo la STS. 366/2012 - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa.

Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que **en esos casos lo que estaría bajo la discusión sería la racionalidad del proceso valorativo, por la vía de la presunción de inocencia, en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque los efectos de su estimación fueran distintos.**

En el caso analizado el recurrente manifiesta su disconformidad con las testificales de los agentes de la policía que efectuaron los seguimientos e identificaron al recurrente como uno de los acompañantes del acusado a quien la Sala considera principal responsable del grupo, así como con la interpretación efectuada por esta de las conversaciones telefónicas, olvidando, de una parte, que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, las transcripciones de las conversaciones telefónicas intervenidas no constituyen prueba documental susceptible de acreditar el "error facti", pues se trata de pruebas de naturaleza personal por más que figuren documentadas en un soporte sonoro o escrito ( SSTS. 942/2000 de 2.6 , 1157/2000 de 18.7 , 777/2009 de 24.6 ), y de otra que no son documentos, aunque se hallan documentadas en la causa bajo la fe pública judicial, las pruebas de otra naturaleza, como las declaraciones del acusado o de testigos, ya que no garantizan ni la certeza, ni la veracidad de lo dicho por el manifestante, siendo simplemente pruebas personales documentadas en las actuaciones bajo la fe del secretario judicial y sometidas como el resto de las probanzas o la libre valoración del Juzgador de instancia . Por ello el contenido de lo declarado por los testigos, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones, son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación ( SSTS. 796/2000 de 8.5 , 1701/2001 de 24.9 , 685/2006 de 8.6 , 1070/2006 de 8.11 , 995/2009 de 29.9 .

**DECIMO NOVENO: El motivo segundo al amparo del art. 852 LECrim , en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia.**

Las pruebas practicadas no son en modo alguno suficientes para establecer un pronunciamiento de culpabilidad en cuanto al recurrente se refiere en relación a los delitos de pertenencia a grupo organizado y conspiración para cometer un robo con intimidación en casa habitada.

Retomando la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo tercero del recurso interpuesto por el coacusado Florencio Oscar , el ámbito de conocimiento de la Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia queda delimitado por estos tres aspectos:

1º) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos.

2º) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

3º) Constatación de la racionalidad de las declaraciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

En definitiva, el control que compete a esta Sala casacional respecto a la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar **la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración**, en comprobar que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada y en supervisar externamente la razonabilidad del discurso sobre la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. De modo que solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya prueba de cargo válida, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado



de dicha valoración o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado ( SSTC. 8/2006 de 16.1 , 92/2006 de 27.3 ).

En el caso presente la cuestión a dilucidar no es tanto si existe prueba de cargo válida acreditativa de la existencia de un grupo criminal como si la hay de la pertenencia o integración en el mismo del acusado Leonardo Victorio .

Para ello la Sala valora dos seguimientos que la policía realizó al coacusado Leon Victorino . El primero tuvo lugar el 16.11.2011 en la calle Cardenal Reig de Barcelona, en el que Leonardo Victorio es visto junto con Leon Victorino y Lucas Dionisio mirando portales de viviendas. El segundo el día 20.11.2011 en el que se constata como el vehículo Skoda Supeib, conducido por Leon Victorino que va acompañado por Leonardo Victorio y Lucas Dionisio se dirige hacia Llinars del Valles y una vez allí permanece alrededor de una hora en las inmediaciones del domicilio de Dimas Urbano , aproximándose en alguna ocasión Leon Victorino y Leonardo Victorio a las puertas de la finca, pero volviendo a introducirse en el vehículo hasta que finalmente marcharon del lugar.

Deducir de ello la integración de este recurrente en el grupo criminal, supone una inferencia no ciertamente inequívoca y que admite otras conclusiones o alternativas mucho más favorables al acusado.

Así no existe prueba alguna acreditativa de que con anterioridad al 16.11.2011, el recurrente tuviese contacto alguno con el cabecilla del grupo, Leon Victorino . No tiene vinculación alguna con el delito de robo con intimidación en casa habitada con uso de arma perpetrado el día 11.11.2011, en el domicilio de Victorino Jenaro -de hecho no ha sido acusado de participación alguna en tal delito, ni del dato de tenencia ilícita de armas a diferencia del resto de los integrantes del grupo.

Las sospechas policiales de su posible integración en el grupo de Leon Victorino se producen a raíz del seguimiento realizado a este último el 16.11.2011, en el que es visto en compañía, y ante la sospecha de que pudiera ser uno de sus ayudantes en cuanto búsqueda de información sobre posibles nuevas víctimas, se solicitó la intervención de su teléfono NUM012 , que fue acordada por auto de 17.11.11 (folios 116 y 117), sin que conste conversación alguna de interés entre este recurrente y el resto de los acusados integrantes del grupo.

Por tanto resulta perfectamente pausable que la intervención de Leonardo Victorio se limitaría a acompañar a Leon Victorino y a otro acusado, en dos ocasiones en apenas cuatro días, para buscar una vivienda en la que cometer el robo -que finalmente se concretó en la que constituía el domicilio del Sr. Dimas Urbano el día 22.11.2011 y que había sido objeto de vigilancia dos días antes por el recurrente, Leon Victorino y Lucas Dionisio -.

Consecuentemente la colaboración de Leonardo Victorio con el grupo organizado limitada a acompañar a dos de sus miembros, en uno de los casos a un domicilio sobre el que se pretendía realizar un robo, resulta insuficiente para considerarle integrante de aquel grupo.

En efecto la pertenencia a una organización o a un grupo constituye lo que modernamente se denomina un *delito de status* y configura un comportamiento diverso de la simple participación en un delito puntual del grupo. Dicho de otra manera: la calidad de partícipe en un delito programado por una organización no convierte necesariamente al partícipe en miembro de una o de otro. Por ello, no es posible tener por acreditada la participación de este acusado en el grupo. "La pertenencia a grupo u organización" es una circunstancia subjetiva y personal no extensible ni comunicable a los meros partícipes, y lo que determina, a su vez, que toda persona que pertenece a una organización (o grupo) no puede ser en ningún caso cómplice, aunque la pena que se le imponga deba ser proporcionada a su posición dentro de la organización.

-En base a lo razonado y considerando que su actuación es similar a la de los coacusados Leon Lucio y Ricardo Eloy , procede su absolucióndel delito de pertenencia a grupo criminal y analizando ya **el motivo primero en cuanto a la infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 242.2 en relación con el art. 269 CP** , mantener una condena por este ultimo delito, conspiración para cometer robo en casa habitada, desestimando ambos motivos en este extremo.

En efecto dando por reproducida la doctrina expuesta en orden a la conspiración en el motivo séptimo del recurso interpuesto por el coacusado Florencio Oscar , la conducta de Leonardo Victorio que participó de forma activa en la vigilancia de la vivienda, a la que acudió el 20.11.2011 en unión de Leon Victorino y Lucas Dionisio con la intención de cometer el robo, que finalmente no se llevó a cabo por encontrarse la casa de al lado llena de gente, supone que estaba concertado con los otros tres acusados ( Leon Victorino , Florencio Oscar y Ricardo Eloy ) que dos días después fueron detenidos en la puerta de aquella vivienda, portando objetos como una pistola, credencial falsa de policía nacional, defensa extensible, bridas y guantes, propios para la comisión de un robo violento.



RECURSO INTERPUESTO POR Lucas Dionisio

**DECIMO NOVENO: El motivo primero se articula a través del art. 5.4 LOPJ , y del art. 24.2 CE , por infracción del art. 24.2 CE , en relación al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva,** por cuanto en el fundamento de derecho cuarto se aprecia respecto a Lucas Dionisio , la atenuante de reparación, sin que luego se traduzca una contemplación en la individualización de la pena, dado que se le impone la misma pena que a Leon Victorino de que no se le reconoce atenuante alguna.

El motivo se desestima la Sala ha estimado como atenuante simple la de reparación del daño teniendo en cuenta que se consignó a su nombre 6.000 E para el pago de los perjuicios ocasionados por el delito, consideración de simple y no muy cualificada que no ha sido cuestionada en el motivo, por lo que en aplicación de la regla 1ª del art. 66, la pena deberá ser aplicada en su mitad inferior.

El delito de robo con intimidación en casa habitada y cometido mediante el uso de armas tiene previsto, conforme el art. 242.2 y 3 CP ,, una penalidad entre 4 años, 3 meses y 1 día a 5 años prisión (mitad superior a la pena de 3 años y 6 meses a 5 años prisión). Este delito concurre en concurso medial con el delito de usurpación de funciones públicas del art. 402 CP , sancionado con pena de 1 a 3 años prisión, siendo, conforme al art. 77 CP , más perjudicial la punición por separado de los delitos que conforman el concurso, procede imponer la pena del delito más grave, esto es el robo -en su mitad superior, resultado de ello una pena comprendida entre 4 años, 7 meses y 17 días, a 5 años prisión, por lo que la impuesta no ha sido en el mínimo legal.

**VIGESIMO: El motivo segundo al amparo de los arts. 5.4 LOPJ , y 852 LECrim , por infracción del art. 24.1 CE , en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto al delito de tenencia ilícita de armas,** dado que al recurrente no se le intervino arma alguna y, no existe prueba de cargo de que el mismo portara o tuviera acceso a las mismas y si la sentencia (folio 39) fundamenta la condena "tanto en la disponibilidad mediata o inmediata de las armas por parte de los tres acusados (se refiere a Leon Victorino , Florencio Oscar y Lucas Dionisio ), que podían indistintamente hacer uso de las mismas como lo hicieron, debió condenarse también a Ricardo Eloy por este mismo delito dado que se encontraba en el vehículo en Llinars del Valles donde se incautó la única arma intervenida.

El motivo en cuanto coincide con lo sustancial con el articulado en tercer lugar por el recurrente Florencio Oscar , debe, por ello ser estimado, dando por reproducidos los argumentos ya expuestos en aras a evitar innecesarias repeticiones.

**VIGESIMO PRIMERO: El motivo tercero en base a los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim , por infracción del art. 24.1 CE , en relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia en relación al delito de conspiración para el cometimiento de un delito de robo con intimidación en casa habitada,** dado que se le condena por haber participado en fecha no concretada en alguna vigilancia al domicilio sito en la CALLE000 nº NUM013 de Llinars del Valles y se concreta en el fundamento jurídico 3º con el hecho de las declaraciones de los agentes TIP NUM009 y NUM008 , cuando nadie identificó a Lucas Dionisio en el seguimiento del 20.11.2011 en Llinars del Valles.

El motivo debe ser desestimado.

Este recurrente forma parte del grupo criminal en unión de Leon Victorino y Florencio Oscar , es coautor del delito de robo con intimidación en casa habitada y uso de arma del 11.10.2011, y del delito de tenencia ilícita de armas, y su intervención en el delito de conspiración para el delito de robo con violencia en casa habitada del día 22.11.2011, es similar a la llevada a cabo por el coacusado Leonardo Victorio , acreditada por el testimonio de los agentes de policía que participaron en los seguimientos, y en concreto el realizado el 20.11.2011, en las inmediaciones de la vivienda de Dimas Urbano en la que este recurrente es visto con Leon Victorino y Leonardo Victorio -en este sentido el agente nº NUM008 manifestó que Lucas Dionisio fue reconocido como una de las personas que identifican en alguno de los seguimientos de Llinars en compañía de Leon Victorino quienes finalmente no entraron en la vivienda porque había gente en la casa de al lado, seguimiento que consta documentado al folio 134 de las actuaciones en el que los agentes hacen referencia a Leon Victorino y a Leonardo Victorio y a una tercera persona en ese momento no identificada, joven de unos 35 años, y 1,75 de altura con cabello corto, pero identificada después por los agentes policiales (diligencias nº NUM014 , folio 454) como Lucas Dionisio , y que fue ratificado en el plenario por los agentes intervinientes.

RECURSO INTERPUESTO POR Ricardo Eloy

**VIGESIMO SEGUNDO: El motivo primero por vulneración precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim , en relación a los arts. 5.4 y 11 LOPJ , conculcándose el principio in dubio pro reo aplicable por extensión del derecho a la presunción de inocencia, art. 24 CE .**



Considera que no existe prueba suficiente y la sentencia no cumple con el juicio de ponderación y razonabilidad para tener acreditado sin género de dudas que este recurrente participara en el delito de conspiración por el que ha sido condenado ya que no estaba integrado en el grupo criminal investigado con carácter previo y no consta su conocimiento de lo que se pretendía realizar el día 22.11.2011.

El motivo se desestima.

El proceso de análisis de las diligencias permite deslindar dos fases perfectamente diferenciadas: 1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

- a) precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.
- b) precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos incriminatorios o de cargo.

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar "strictu sensu", la denominación usual de "valoración del resultado o contenido integral de la prueba", ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia, en la segunda el principio in dubio pro reo. Así la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria y supone ( STC. 31.5.85 ) que no es el acusado a quien corresponde demostrar que es inocente frente a la acusación que contra él se formula, sino que es a quien le mantiene a quien compete acreditar la imputación mediante las correspondientes pruebas, practicadas con validez jurídica y que puedan objetivamente reputarse como pruebas de cargo.

El principio "in dubio pro reo", presuponiendo la previa existencia de la presunción de inocencia, se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas, es decir de la apreciación de la eficacia demostrativa por el Tribunal de instancia a quien compete su valoración la conciencia para formar su convicción sobre la verdad de los hechos ( art. 741 LECr ).

Reitera la jurisprudencia que el principio informador del sistema probatorio que se acuña bajo la fórmula del "in dubio pro reo" es una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado cuando su contenido arroje alguna duda sobre su virtualidad inculpatoria; presupone, por tanto, la existencia de actividad probatoria válida con signo incriminatorio, pero cuya consistencia ofrece resquicios que pueden ser decididos de forma favorable a la persona del acusado.

El principio in dubio pro reo, se diferencia de la presunción de inocencia en que se dirige al Juzgador como norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que a pesar de haberse realizado una actividad probatoria normal, tales pruebas dejasen duda en el ánimo del Juzgador, se incline a favor de la tesis que beneficie al acusado ( STS. 45/97 de 16.1 ).

Desde la perspectiva constitucional la diferencia entre presunción de inocencia y la regla in dubio pro reo resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegido por la vía de amparo, lo que no ocurre con la regla in dubio pro reo, condición o exigencia "subjetiva" del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpatoria existente aportada al proceso. Este principio sólo entra en juego, cuando efectivamente, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia, pertenece a las facultades valorativas del juzgador de instancia, no constituye precepto constitucional y su excepcional invocación casacional solo es admisible cuando resulta vulnerado su aspecto normativo, es decir "en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda" ( SSTS. 70/98 de 26.1 , 699/2000 de 12.4 ).

Aunque durante algún tiempo esta Sala ha mantenido que el principio in dubio pro reo no era un derecho alegable al considerar que no tenía engarce con ningún derecho fundamental y que en realidad, se trataba de un principio interpretativo y que por tanto no tenía acceso a la casación, sin embargo, en la actualidad tal posición se encuentra abandonada. Hoy en día la jurisprudencia reconoce que el principio in dubio pro reo forma parte del derecho a la presunción de inocencia y es atendible en casación. Ahora bien, solo se justifica en aquellos casos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado ( SSTS. 999/2007 de 12.7 , 677/2006 de 22.6 , 1125/2001 de 12.7 , 2295/2001 de 4.12 , 479/2003 , 836/2004 de 5.7 , 1051/2004 de 28.9 ). Es verdad que en ocasiones el Tribunal de instancia no plantea la cuestión así, por ello es preciso un examen más pormenorizado para averiguar si, en efecto, se ha infringido dicho principio. Por ejemplo, si toda la prueba la constituye un solo testigo y éste ha dudado sobre la autoría del acusado, se infringiría dicho principio si el



Tribunal, a pesar de ello, esto es, de las dudas del testigo hubiera condenado, pues es claro que de las diversas posibilidades optó por la más perjudicial para el acusado.

Como señala la doctrina del Tribunal Constitucional, STC. 147/99 de 15.6 . Alcance principio in dubio pro reo.

"Con relación a la primera vulneración alegada debe precisarse, antes de nada, que, con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo, «en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial», ni está dotado de la protección del recurso de amparo, «ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas» ( SSTC 63/1993, de 1 de marzo, F. 4 ; 103/1995, de 3 de julio, F. 4 ; 16/2000, de 16 de enero, F. 4 ; 209/2003, de 1 de diciembre, F. 5 ; 61/2005, de 14 de marzo, F. 4 ; y 137/2005, de 23 de mayo , F. 3).

Es doctrina jurisprudencial de esta Sala, STS 666/2010, de 14-7 . Invocación en casación.

"el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación ( STS 709/97, de 21-5 ; 1667/2002, de 16-10 ; 1060/2003, de 25-6 ). En este sentido la STS 999/2007, de 26-11 , con cita en la STS 939/98 de 13-7 , que recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECr ., pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto, el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al tribunal que dude, ni pueda pedir a los jueces que no duden. La duda del tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda ( STS 1186/95, de 1-12 ; 1037/95, de 27-12 )".

**VIGESIMO TERCERO:** En el caso presente la Sala de instancia determina la participación de este recurrente en base a la testifical del agente nº NUM008 en el plenario relatando como a la vez que se producían las escuchas telefónicas tenían lugar los seguimientos, y por ello, tras una conversación telefónica, comprueban el encuentro entre los coacusados Leon Victorino y Leon Lucio en la Plaza de Ibiza. Después de este mantienen una conversación en la que Leon Lucio le dice que le envía el dinero, volviendo a llamarle Leon Victorino quejándose por la tardanza del chico en llegar. Seguidamente, los agentes policiales comprueban como llega un chico, que resultó ser el hoy recurrente, quien se sube a un vehículo, en el que le esperaban otros dos acusados, Leon Victorino y Florencio Oscar y se dirigen a la localidad de Llinars del Valles, produciéndose la detención de los tres cuando se encontraban a la puerta del domicilio de Dimas Urbano e interviniendo a Ricardo Eloy una defensa extensible y unos guantes.

A continuación la sentencia analiza la versión exculpatoria ofrecida por este acusado de encontrarse en la Plaza de Ibiza porque había llevado móviles a liberar y mientras esperaba a que se los liberasen se encontró con Florencio Oscar que le propuso ir con ellos sin saber a donde iban, siendo la primera vez que veía a Leon Victorino . Versión que la sentencia rechaza -no olvidemos que en la STC. 136/99 de 20.7 ya se argumentaba que: "en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos:

a) la versión que de los hechos ofrezca el acusado deberá ser aceptada o rechazada por el juzgador de modo razonado ( SSTC 174/1985 , 24/1997 y 45/1997 ).

b) Los denominados conraindicios -como, vgr., las coartadas poco convincentes-, no deben servir para considerar al acusado culpable ( SSTC 229/1998 y 24/19997), aunque si pueden ser idóneos para corroborar la convicción de culpabilidad alcanzada con apoyo en prueba directa o indiciaria, que se sumen a la falsedad o falta de credibilidad de las explicaciones dadas por el acusado (v.dr. SSTC 76/1990 y 220/1998 ).

c) La coartada o excusa ofrecida por el acusado no tiene que ser forzosamente desvirtuada por la acusación, ya que la presunción de inocencia exige partir de la inocencia del acusado respecto de los hechos delictivos que se le imputan, pero en absoluto obliga a dar por sentada la veracidad de sus afirmaciones (v.gr. SSTC 197/1995 , 36/1996 y 49/19998, y ATC 110/19990). En otras palabras: la carga de la prueba de los hechos exculpatorios recae sobre la defensa".

Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar



la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto". ( SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/2009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10 ).

Por su parte en STS 528/2008 de 19-6 hemos dicho que "nada se opone desde la lógica a que la desarticulación positiva de una coartada, porque exista una fuente probatoria que permite sostener un hecho incompatible con la misma, resta fuerza argumental a la conclusión final, sino que la refuerza en la medida que se añade al indicio principal la inveracidad del contraindicio que deja sin fuerza la versión de quien lo sustenta".

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculporias de la acusada, no implica invertir la carga de la prueba, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada ( STS 29.10.2001 ).

Confrontándola con las pruebas de cargo: testimonio de los agentes y el contenido de las conversaciones telefónicas oídas en el juicio oral, llegando la Sala a la convicción de que Leon Lucio facilitó al grupo criminal a este recurrente para completar el numero de tres personas para llevar a cabo el atraco proyectado en el domicilio de Dimas Urbano , formando así parte de la conspiración.

Siendo así ha habido prueba de cargo lícita y suficiente valorada correctamente por el Tribunal en el sentido de que aun cuando Ricardo Eloy no estuviera integrado en el grupo criminal, -no se formula acusación por ello- si se unió al planeado atraco.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

**VIGESIMO CUARTO: El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por indebida aplicación de los arts. 242 , 241.1 y 2 , 269, 28 y 17.3, en relación a los arts. 62 y 63 CP .**

Considera infringida la Ley penal porque, en primer lugar nos hallaríamos ante una tentativa inacabada no una conspiración para cometer un delito, debiendo rebajarse la pena en dos grados.

En segundo lugar no nos hallaríamos ante un delito de robo en casa habitada con intimidación, al no estar acreditado que el recurrente fuera a utilizar intimidación en las personas para cometer robo alguno, por lo que resultaría de aplicación el art. 241.1 CP , y no el art. 242.2 CP .

Finalmente el recurrente a lo sumo habría dado inicio a la acción típica, correspondiente al delito de robo en casa habitada, en grado de tentativa (inacabada) en su condición de mero cómplice.

La primera cuestión ya ha sido analizada en el motivo séptimo del recurso interpuesto de Florencio Oscar , remitiéndonos a lo ya argumentado que se reproduce para evitar innecesarias repeticiones.

En cuanto a que la intención fuera cometer un robo con fuerza en las cosas en casa habitada, pero sin intimidación, resulta evidente que los objetos que el recurrente llevaba consigo, entre ellos una defensa extensible, y los intervenidos a sus dos compañeros, una pistola y unas bridas, permiten inferir que en el iter del acto depredatorio se preveía y admitía del modo más o menos implícito que podía llegar se a la intimidación o violencia, cuando menos en el plano del dolo eventual.

Por último que su papel fuera a ser meramente secundaria y auxiliar, considerándose como complicidad, como hemos dicho en recientes SSTS. 425/2014 de 28.5 , 115/2014 de 25.2 con cita 821/2012 de 31.10 , 561/2012 de 3.7 , 960/2009 de 16.10 , 120/2008 de 27.2 , en la cooperación la determinación de cuando es meramente eficaz, calificada de complicidad y cuando, además, es necesaria, considerada como autoría, se oponen una concepción abstracta y una concreta. Para la primera, ha de determinarse si el delito se habría podido efectuar o no sin la cooperación del partcipe, en tanto para la segunda por la jurisprudencia ha de investigarse si, en ese caso concreto, ha contribuido necesariamente a la producción del resultado como condición sine qua non, formulándose en la doctrina, para determinar tal necesidad, la teoría de los bienes escasos, tanto en las contribuciones que consisten en la entrega de una cosa, como en las que son de un mero hacer, y la del dominio del hecho ( STS. 89/2006 de 22.9 ).





Existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) ( STS. 1159/2004 de 28.10 ).

En la STS. 699/2005 de 6.6 , se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia , la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Como decíamos en la STS. 147/2007 de 28.2 , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesoria, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado ( STS. 1001/2006 de 18.10 ), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal ( STS. 185/2005 de 21.2 ).

-La complicidad - dice la STS. 1216/2002 de 28.6 -, requiere el concierto previo o por adhesión («pactum scaeleris»), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado («consciencia scaeleris»), el denominado «animus adiuvandi» o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso.

Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriadad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, ( SSTS. 5.2.98 , 24.4.2000 ).

En el caso presente la actuación de este recurrente uniéndose al proyectado plan de realizar el robo en una vivienda, asumiendo lo ya realizado por los otros dos acusados, y acompañándolos hasta la vivienda, llevando consigo útiles aptos para la comisión de un delito de robo con violencia, no puede considerarse como una actuación secundaria o auxiliar.

RECURSO INTERPUESTO POR Leon Lucio

**VIGESIMO QUINTO: El motivo primero por quebrantamiento de forma con apoyo procesal en el art. 851.1 LECrim , nulidad de la sentencia por vulneración del art. 142 LECrim , y 248 LOPJ , en relación con la vulneración del art. 24.1 CE . infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , en relación con el art. 24 CE , por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del art. 120 que impone la obligación de motivar las sentencias.**

Refiere el recurrente que un hecho probado -apartado 5- no se describe actuación alguno del recurrente que puede subsumirse en el art. 269 en relación con el art. 242 CP , no se señalan que acciones ha realizado para poner en contacto a Hossein con Leon Victorino y Florencio Oscar , ni como contactó Ricardo Eloy con el recurrente, en cuanto le dijo que se iba a cometer un delito de robo con violencia en casa habitada. La Sala omite en los hechos probados cualquier dato referente a los mismos y si lo hace -de forma indebida- en el fundamento derecho segundo (Pág. 34-36).



El motivo se desestima.

La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que solo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos ( SSTS. 235/2000, 24.3.2001 , 23.7.2001 , 1.10.2004 , 2.11.2004 , 12.11.2004 , 28.12.2005 ).

Por ello se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el Tribunal puede no considerar probados o meramente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto ( SS. 31.1.2003 , 28.3.2003 , 2.7.2003 , 7.10.2003 , 12.2.2004 ).

En efecto, la solución a las omisiones en los Hechos Probados no viene por el cauce de la -falta de claridad art. 851.1- sino por la vía del art. 849.2 LECrim . En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, S. 6.4.92 , porque las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92 - o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim .

En el caso sometido a nuestra consideración la sentencia impugnada en el apartado cuarto de los hechos probados tras detallar como el grupo criminal descrito se fijó como objetivo asaltar la vivienda en la que habitaba el Sr. Dimas Urbano y su familia en la CALLE000 nº NUM004 de Llinars del Valles (Barcelona) y describir una previa vigilancia en el entorno del domicilio, en concreto el día 20.11.2011 considera probado que: "*Finalmente resolvieron cometerlo el día 22 de noviembre de 2011 cuando se dirigieron a la misma, los acusados Leon Victorino , Florencio Oscar y Ricardo Eloy con el que había contactado Leon Victorino merced a la intermediación a tal fin de Leon Lucio con el que tuvo un encuentro ese mismo día en la Plaza Ibiza seguido de varias conversaciones telefónicas sobre la llegada de Silvio Sebastian al lugar pactado para el encuentro en Barcelona, la Plaza Ibiza, desde la que se dirigieron los tres acusados hacía la casa de la víctima a bordo del vehículo Skoda Superb 1.9 matrícula ....-XCY . Una vez en aquel lugar, se bajaron los tres del vehículo y se colocaron en la puerta del domicilio, en la que les detuvo la policía, apostada en el lugar y que tenía conocimiento de sus intenciones merced a las intervenciones telefónicas referidas en el ordinal anterior*".

Consecuentemente en el factum ya se señala los contactos previos entre este recurrente y el cabecilla del Grupo Leon Victorino para que el primero proporcionara una persona que participara en la acción delictiva planeada.

Actuación del recurrente que puede ser complementada por la fundamentación jurídica.

En efecto la cuestión relativa a si los hechos que el Tribunal declarados probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelta tradicionalmente por la jurisprudencia con un criterio flexible que permite valorar como hechos probados las afirmaciones fácticas efectuadas con claridad y precisión en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia.

Sin embargo, no puede ignorarse que esta forma de proceder tiene sus defectos e inconvenientes. De un lado porque no es la forma correcta de redactar las sentencias. De otro, porque introduce complicaciones innecesarias para la impugnación al obligar al recurrente a buscar en todo el texto de la sentencia aquello que podría ser considerado como un hecho probado. Y por ultimo, porque asimismo implica una cierta dosis de inseguridad, pues tampoco es del todo claro el criterio que después, ya en la resolución del recurso, va a ser utilizado para distinguir lo que es un hecho de lo que constituya en realidad una mera argumentación.

Posturas que se han mantenido son las tres siguientes.

A) En primer lugar, la tradicional, ya apuntada, que entiende que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser completados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación ( SSTS. 1.7.92 , 24.12.94 , 21.12.95 , 15.2.96 , 12.12.96 , 987/98 de 20.7 , 1453/98 de 17.11 , 1899/2002 de 15.11 , 990/2004 de 15.4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como



error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 LECrim ., bien por la del art. 24 CE . en relación con el art. 5.4 LOPJ .

B) En segundo lugar, la que niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en las SSTs. 788/98 de 9.6 y 769/2003 de 31.5 , que consideran que la técnica de complementación del hecho, no sólo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tienen que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos, -fácticos y jurídicos-, que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado. Por ello sería conveniente, como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, en mala parte, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

C) Y en tercer lugar, una postura intermedia, que si bien parte de esta última afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que sus aspectos esenciales en relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en SSTs. 945/2004 de 23.7 , 1369/2003 de 23.7 , 302/2003 de 27.2 , 209/2003 de 12.2 , 1905/2002 de 19.11 , que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado.

No otra cosa acaece en el caso presente, la sentencia fundamento jurídico tercero en cuanto al cuarto de los hechos declarados probados detalla la prueba que tiene en cuenta que en relación a este recurrente se concretan en la declaración en el plenario del Agente NUM008 en el sentido de que Leon Victorino tuvo un encuentro el mismo día 22.11.2011, con este recurrente Leon Lucio en la Plaza de Ibiza, encuentro para el que habían quedado previa llamada telefónica transcrita al folio 275. Luego éste recurrente habla con Leon Victorino para mandarle el chico -conversación de ese mismo día a las 15,37 horas al folio 277- en la que Leon Lucio le dice que ya tiene al chaval y se lo lleva al mismo sitio, la Plaza de Ibiza. La conversación telefónica (folio 280) en la que Leon Victorino llama a Leon Lucio quejándose de la tardanza en llegar al lugar indicado por parte de su colega. Y por último como la policía ve, como llega el chico, que resultó ser Ricardo Eloy , conduciendo su moto y se sube al coche y les siguen hasta Llinars, donde son detenidos en la misma puerta del domicilio de Saladrigas.

Siendo así no se aprecia el vicio in iudicando denunciado.

**VIGESIMO SEXTO: El motivo segundo por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , indebida aplicación del art. 242.2 en relación con el art. 269 CP . por constatar como hechos probados no refrendados por pruebas irrefutables ni siquiera por pruebas indiciarias. Vulneración del art. 24.1 CE , derecho fundamental a la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ : infracción de precepto constitucional por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del art. 120 CE , que impone la obligación de motivar las sentencias.**

El motivo reproduce los argumentos dados por el primer motivo por la vía del art. 849 LECrim , por lo que su desestimación deviene necesaria pues como ya se ha explicitado ut supra el testimonio del agente de policía NUM008 acerca de la reunión mantenida el mismo día del proyectado robo en la Plaza de Ibiza, y el contenido de las intervenciones telefónicas oídas en el plenario, confirmadas por las vigilancias policiales, constituyen prueba suficiente para inferir que el cometido de este recurrente consistió en proporcionar una tercera persona - Ricardo Eloy - para que junto con Leon Victorino y Florencio Oscar participara en el indicado atraco.

En efecto si tras el encuentro entre Leon Victorino y este recurrente, se mantienen entre ambos diversas conversaciones telefónicas sobre la llegada de esa tercera persona y su tardanza en llegar, si inmediatamente después aparece en la misma plaza el acusado Houssein, que se monta en el vehículo en el que ya se encontraban Leon Victorino y Florencio Oscar , dirigiéndose los tres a la localidad de Llinars, donde son detenidos cuando se encontraban en la puerta de la vivienda de Saladrigas -vivienda en la que se iba a cometer el planeado robo- la conclusión lógica y razonable no puede ser otra que la alcanzada por el tribunal de



instancia: que Kiavash contribuyó a la proyectada acción delictiva proporcionando una tercera persona para que participase en la misma, conducta que se integra en los preceptos cuya infracción se denuncia, tal como se argumentó en el motivo séptimo del recurso del coacusado Florencio Oscar .

**VIGESIMO SEPTIMO: El motivo tercero por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim , indebida aplicación del art. 242.2 en relación con el art. 269 CP , del art. 66 CP .**

El motivo insiste en que el recurrente no acudió al domicilio donde se iba a cometer el segundo de los robos, desconocía la existencia del primero, no se le incautó efecto alguno para la comisión del delito de robo con violencia. No conocía la existencia de un posible segundo robo, por lo que entiende que la pena de un año y nueve meses de prisión es desproporcionada y en ningún caso justificada, por lo que la pena le debió ser rebajada en dos grados y no solo en uno como hace la Sala.

El motivo se desestima.

La Sala impone la pena inferior en un grado motivándolo en lo avanzado de la preparación del delito a punto de iniciarse la fase ejecutiva cuando se frustra el plan. Motivación suficiente tal como se razonó en el motivo séptimo del recurso interpuesto por el coacusado Florencio Oscar .

RECURSO INTERPUESTO POR Leon Victorino

**VIGESIMO OCTAVO: Articula este recurrente tres motivos de casación : el primero por vulneración de precepto constitucional, art. 18.3 CE . en relación con los arts. 5.1 , 11.1 y 238.3 LOPJ , y 852 LECrim , por infracción de las normas reguladoras para la practica de la intervención telefónica, cuestionando la forma de utilización de "Fuente confidencial", el segundo por vulneración de precepto constitucional del art. 24.1 y 2 CE , en relación a un proceso con todas las garantías y sin crear indefensión, con el art. 5.1 y 11.1 , 238.3 LOPJ , y 852 LOPJ , motivo consecuencia del anterior, al no haber sido el instructor diligente en cotejar la información confidencial en referencial modo en que por parte de los agentes policiales se tuvo conocimiento del primer numero del que solicitó la intervención, y el tercero por vulneración de precepto constitucional del art. 24.2 CE , derecho fundamental a la presunción de inocencia al amparo del art. 852 LECrim , y arts. 5.4 y 11.1 LOPJ , al no haber prueba directa o indiciaria para la condena del recurrente.**

Dado que en el desarrollo de los referidos motivos se constata el error del recurrente, al no guardar relación alguna sus argumentos con los hechos objeto del presente procedimiento, al referirse a un trafico de drogas cometido por personas, sin ninguna relación con la causa, como es el caso de Hydith Alcantara Roballo, su rechazo resulta necesario, máxime cuando en relación a la nulidad de las intervenciones telefónicas acordadas por auto de 31.10.2011 , tal cuestión ya ha sido analizada en el motivo primero del recurso de Florencio Oscar , dando por reproducidos los argumentos expuestos en orden a su legalidad, y respecto a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la prueba de la participación y papel preponderante de este acusado no ofrece dudas. En el domicilio de Victorino Jenaro -lugar en que se cometió el primer robo- se encontró una de sus huellas dactilares en un vaso de cristal, lo que dio lugar a la solicitud e intervención de un numero de teléfono, fue reconocido por Victorino Jenaro en fotografía, rueda de reconocimiento y en el juicio oral como uno de los autores del robo, El contenido de las escuchas permitió conocer la preparación de un segundo robo en otro vivienda, siendo detenido el 22.11.2011, junto con Florencio Oscar y Ricardo Eloy en la puerta de la vivienda de Dimas Urbano , interviniéndosele una pistola semiautomática marca Star 9 mm, y una plaza imitada de las legítimas del Cuerpo Nacional de Policía, en el registro de su domicilio, se ocuparon útiles e instrumentos aptos para llevar a cabo acciones delictivas (pasamontañas, esposas, barba y peluca postizas, caños de arma de fuego...): Y el resultado de las escuchas y los seguimientos policiales simultáneos pusieron de relieve los contactos y reuniones que mantenía con el resto de los acusados en orden a la determinación de nuevos objetivos.

**VIGESIMO OCTAVO: Estimándose parcialmente los recurso interpuestos por Florencio Oscar , Lucas Dionisio y Leonardo Victorio , se declaran de oficio las costas respectivas, y desestimándose los de Leon Victorino , Ricardo Eloy y Leon Lucio , se les condena al pago de las costas correspondientes ( art. 901 LECrim .)**

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por las representaciones de **Florencio Oscar , Lucas Dionisio , Y Leonardo Victorio** , contra sentencia de fecha 26 de junio de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima , y en su virtud **CASAMOS** y **ANULAMOS** parcialmente meritada sentencia, dictando segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas de sus respectivos recursos.



Y debemos **declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación**, interpuestos por **Leon Victorino , Ricardo Eloy y Leon Lucio** contra referida sentencia, condenándoles al pago de las costas correspondientes a sus recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador 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. Andres Martinez Arrieta D. Julian Sanchez Melgar **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral Garcia

## SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

En la causa incoada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª, procedente del Juzgado de Instrucción nº 12 de los de Barcelona, seguido por los delitos de robo con violencia e intimidación en casa habitada, conspiración para el robo, pertenencia a grupo criminal, y tenencia ilícita de armas, contra los procesados: Leon Victorino nacido en Cosperto (Lugo) el 08 de noviembre de 1962, hijo de Casiano Cesareo y Marisa Petra , Diego Olegario nacido en Barcelona el NUM015 de 1962, hijo de Eutimio Torcuato y Enriqueta Rosaura . Florencio Oscar incido en León el 19 de diciembre de 1966. hijo de German Matias y Josefa Adriana , – Lucas Dionisio nacido en Hospitalet de Llobregat (Barcelona) el NUM016 de 1981, hijo de Matias Jorge y Carmela Justa , Leon Lucio nacido en Teherán (Irán), hijo de Pelayo Lazaro y Reyes Delia , el día 26 de abril de 1974, Leonardo Victorio nacido en Baleira (Lugo) el día 05 de mayo de 1954 hijo de Jesus Doroteo e Fermina Marisol . Ricardo Eloy nacido en Ahwza (Irán) el día 10 de mayo de 1983, hijo de Casimiro Geronimo y Mariana Mercedes . Roberto Iñigo nacido en Escobar Ferrerueta (Zamora) el día NUM017 de 1960 hijo de Coro Teresa y Aurora Lorena ; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA por la pronunciada en 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. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida suprimiéndose del apartado primero del hecho probado: "y Leonardo Victorio , mayor de edad, y con antecedentes penales no computables en esta causa", y del apartado octavo la de "y utilizada indistintamente por Florencio Oscar y Lucas Dionisio "

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**primero.-** Tal como se ha explicitado en la sentencia precedente los acusados Florencio Oscar y Lucas Dionisio no son autores del delito de tenencia ilícita de armas, por el que habían sido condenados.

**segundo.-** igualmente conforme lo razonado la referida sentencia Leonardo Victorio no formaba parte del grupo criminal, art. 570 ter CP .

### III. FALLO

**Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia** dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª de fecha 26 de junio de 2014 , en especial los atinentes a Leon Victorino , Ricardo Eloy y Leon Lucio , debemos absolver y absolvemos a Florencio Oscar , y Lucas Dionisio del delito de tenencia ilícita de armas por el habían sido condenados, con declaración de oficio costas correspondientes, manteniendo la condena a ambos por los delitos de pertenencia a grupo criminal, robo con intimidación en casa habitada y uso de arma en concurso ideal con el delito de usurpación de funciones publicas, y delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada.

Y debemos absolver y absolvemos a Leonardo Victorio del delito de pertenencia a grupo criminal, con declaración de oficio de las costas correspondientes, manteniendo su condena como autor de un delito de conspiración para cometer un delito de robo con intimidación en casa habitada.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Julian Sanchez Melgar **D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre** D. Antonio del Moral Garcia



**PUBLICACIÓN** .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, 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