

En la Villa de Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil once.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Aníbal, Jorge Alexander, José Ignacio, John Jairo, Reiber, José Rolando, Elizabeth y Adrian, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, con fecha veinte de abril de dos mil diez, en causa seguida contra Jorge Alexander, José Ignacio, John Jairo, José Rolando, Fredy Hernán, Aníbal, Adrián, Reiber, César, José Antonio, Lizeth y Francisco, por delitos de homicidio y asesinato, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes los acusados Aníbal, representado por la Procuradora D^a Elena Muñoz González y defendido por el Letrado D. Miguel Ferrer Fernández; Jorge Alexander, representado por la Procuradora D^a Mercedes Revillo Sánchez y defendido por el Letrado D. Julio Sánchez Martínez; José Ignacio, representado por la Procuradora D^a Adela Gilsanz Madroño y defendido por el Letrado D. Gonzalo Martín Cano; John Jairo, representado por la Procuradora D^a Elena Muñoz González y defendido por el Letrado D. Carlos Barbas Galindo; Reiber, representado por la Procuradora D^a Elena Muñoz González y defendido por el Letrado D. Miguel Ferrer Fernández; José Rolando, representado por la Procuradora D^a Mercedes Albi Murcia y defendido por el Letrado D. José María Velásquez Becerra; y Adrian, representado por la Procuradora D^a Elena Muñoz González y defendido por el Letrado D. Miguel Ferrer Fernández; así como la acusación particular Elizabeth, representada por la Procuradora D^a Mercedes Albi Murcia y defendida por el Letrado D. Juan Carlos Nohales Alfonso; en calidad de parte recurrida, la acusación particular Francisco, Beatriz, Isabel y Ramón, representados por el Procurador Sr. Vázquez Guillén y defendidos por el Letrado Sr. Prieto Palazón.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Játiva, instruyó el Sumario con el número 1/2007, contra Jorge Alexander, José Ignacio, John Jairo, José Rolando, Fredy Hernán, Aníbal, Adrián, Reiber, César, José Antonio y Lizeth, y, una vez declarado concluso el mismo, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2^a, rollo 119/09) que, con fecha veinte de abril de dos mil diez, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Primero.- Jorge Alexander, José Ignacio, Jhon Jairo, José Rolando, Aníbal, Adrián, y Reiber, mayores de edad, junto con José Alexander L. L. y Wilson L., luego fallecidos, y otras no identificadas, hasta un total de, al menos, doce personas, se concertaron para asaltar el chalet sito en la calle C., núm. ... de la localidad de Canals, propiedad de Francisco y Beatriz, y apropiarse de lo que de valor pudieran encontrar en la vivienda.

En ejecución de dicho plan, los antes mencionados, las personas luego fallecidas y otras no identificadas, tras reunirse en un parque cercano a la Avda. del Puerto de Valencia, se desplazaron a Canals a bordo de varios vehículos, llevando consigo al

menos un arma de fuego, una pistola de aire comprimido y dos navajas, así como pasamontañas y bragas para ocultar sus rostros. Se dirigieron a la citada residencia, donde llegaron sobre las 20,15 horas del día 4 de enero de 2006. Mientras algunos integrantes del grupo permanecían, para vigilar y facilitar la huida, en los vehículos, estacionados en la parte exterior de la valla que circundaba la finca en cuyo interior se levantaban el chalet y la casa de los guardeses, los otros saltaron la valla por su parte trasera. Una vez dentro del recinto vallado, se dirigieron a una casa independiente, que era la vivienda de los caseros, Ramón y María Isabel. Minutos más tarde llegó Ramón; al abrir la puerta de su vivienda, fue abordado por los miembros del grupo que habían accedido al interior del recinto vallado, quienes tenían cubiertos sus rostros con pasamontañas, bragas de cuello o, al menos en un caso, con el cuello del jersey. Le empujaron y tumbaron boca abajo sobre la cama de su dormitorio, le ataron de pies y manos y le conminaron, presionándole en la sien con un objeto no determinado, a que les dijera dónde se encontraba la caja fuerte de los dueños de la finca. Seguidamente, integrantes del grupo cogieron una llave, que resultó ser de una de las puertas laterales del chalet principal, así como efectos de Ramón -el reloj y el teléfono móvil-.

Tras ello, mientras dos o tres individuos del grupo permanecieron en la vivienda auxiliar vigilando a Ramón y revolviendo su interior -del que los asaltantes cogieron, al menos, una pulsera de oro perteneciente a María Isabel-, los restantes se dirigieron a la vivienda principal, en la que entraron con la llave sustraída en la vivienda de los caseros. Los asaltantes llevaban, al menos, un arma de fuego y otra de aire comprimido, así como, al menos, dos navajas y cubrían sus rostros del modo antes referido.

Una vez en el interior, subieron a la primera planta e irrumpieron súbitamente en un salón, donde se encontraban Francisco y Beatriz. Les arrojaron al suelo y les tumbaron boca abajo. A Beatriz la ataron de pies y manos con las tiras que hicieron con una manta que había en la casa y tanto a ella como a su esposo les apuntaron con una pistola y les dijeron que les iban a matar. Varios de los asaltantes, rodeando a Francisco, se dirigieron con él a un despacho sito en la planta baja, donde le conminaron, dándole golpes en la cabeza, para que abriera una caja fuerte que allí había, cogiendo lo que de valor encontraron -seis monedas de plata, cada una de 2000 pesetas-; John Jairo cogió en dicha habitación un reloj Rolex Submarine propiedad de Francisco.

A continuación, le preguntaron por la otra caja fuerte, refiriendo Francisco que estaba en el dormitorio principal. Las llaves las tenía Beatriz. Le pidieron a ésta la llave. La señora Beatriz sólo admitió entregarla una vez que vio a su esposo. Con dicha llave, varios de los asaltantes se dirigieron, junto con Francisco, al dormitorio principal, sito en la primera planta. Los que acompañaban a éste, le conminaron para que la abriera y, una vez que lo consiguió, le echaron sobre la cama y le taparon con un edredón. Tras coger dinero y joyas, que introdujeron en un costurero, se fueron de la habitación todos los asaltantes menos dos, que quedaron vigilando al Sr. Francisco. Este manifestó que se encontraba mal y pidió que le trajeran agua. En el momento en que uno de quienes le custodiaban fue a por un vaso de agua al cuarto de baño, Francisco aprovechó para

coger una pistola Walter P 99, calibre 9 mm Parabellum, de su propiedad, que escondía debajo del colchón de la cama. Montó en ella un cargador que le pertenecía y que uno de los asaltantes, tras descubrirlo en una estantería del dormitorio, había dejado en la mesilla de noche. El ruido que hizo al montar la pistola alarmó a los dos asaltantes que se encargaban de su custodia y uno de ellos, al sorprender a Francisco con la pistola, se fue hacia él, portando un cuchillo o navaja en la mano, y arremetió contra él, intentando alcanzarle con aquél, cosa que no consiguió inicialmente, debido a que Francisco logró sujetarle y mantenerle separado.

En el forcejeo que se produjo entre ambos, el asaltante, finalmente, alcanzó a Francisco con el objeto cortante en la zona del vacío derecho, causándole una herida incisa superficial de tres centímetros de longitud y un centímetro de profundidad. Por su parte, Francisco, en ese forcejeo, efectuó un disparo que provocó que los dos individuos que estaban con él, salieran corriendo y gritando de la habitación. Francisco acudió al salón donde estaba su mujer que, entre tanto, al haber abandonado dicha habitación los asaltantes que con ella estaban, había conseguido o estaba logrando, con la ayuda de unas tijeras, quitarse las ataduras. Bien en ese momento, bien antes del reencuentro con su esposa, Francisco, en las proximidades de la escalera que conducía a la planta baja y por la que habían huido los asaltantes que estaban en la planta superior, efectuó tres nuevos disparos con su pistola y lo hizo, coincidiendo en el tiempo, con dos disparos efectuados por uno de los asaltantes desde la planta baja. Francisco disparó hacia donde estaban los asaltantes, ante el temor de que éstos pretendieran matarles y para evitarlo.

Como consecuencia de los disparos efectuados por Francisco, resultó alcanzado uno de los asaltantes -José Alexander L. L. sufrió tres heridas por arma de fuego. Una de ellas en la cabeza, con orificio de entrada en la región parietal de la cabeza, que siguió un trayecto oblicuo al eje del cuerpo, descendente, de derecha a izquierda y con orificio de salida en el lado izquierdo de la cara. La segunda, en el tórax, con orificio de entrada en la zona supraclavicular izquierda, trayectoria antero-posterior y descendente y orificio de salida en región escapular izquierda. Asimismo, se detectaron en la zona mandibular izquierda y cuello, lesiones contusas en trayecto lineal hasta la herida supraclavicular, que pudieron ser dejadas por el contacto o roce del proyectil con el cuerpo antes de penetrar en él por el orificio de entrada. La tercera, en la mano izquierda, localizada entre el primer y segundo metacarpiano, con orificio de entrada en la cara palmar y orificio de salida en la cara dorsal. Como consecuencia de dichas heridas y, en concreto, de la recibida en la cabeza, Segundo falleció inmediatamente después de recibir el disparo, quedando tendido en la planta baja, junto al hueco de la escalera.

Otro de los asaltantes, Wilson L., sufrió como consecuencia del intercambio de disparos entre el señor Francisco y alguno de los asaltantes, una herida por arma de fuego en el muslo derecho, con orificio de entrada en la cara anterointerna del tercio medio del muslo derecho y orificio de salida en la cara posterior del muslo derecho. El proyectil atravesó el músculo sartorio y en su trayecto destruyó la arteria y vena femorales. Tal lesión produjo una hemorragia aguda secundaria a la destrucción de la

arteria femoral profunda, que provocó un shock hipovolémico hemorrágico que por no ser objeto de inmediata asistencia, provocó en un periodo de, aproximadamente, quince minutos, la muerte del señor L. quien, si bien logró salir de la casa, no consiguió saltar la valla para huir del lugar, quedando sentado tras un árbol situado junto a la valla perimetral, donde falleció desangrado. El cadáver de ésta persona fue descubierto por los agentes de la Guardia Civil que acudieron al lugar poco después de los hechos y efectuaron la inspección ocular del mismo.

Tras el intercambio de disparos, los asaltantes que estaban en el chalet principal huyeron apresuradamente de la finca, abandonando en la huida la pistola de aire comprimido, una navaja y un teléfono móvil.

Al oír las detonaciones, también huyeron los individuos que permanecían vigilando al Sr. Ramón; momentos antes, al detectar la llegada a la vivienda de los caseros de Borja -hijo de Ramón y de la esposa de éste, María Isabel- le obligaron, tirando de él, a entrar en la casa. Al huir de la casa, Borja desató a su padre. Instantes después, llegó María Isabel, esposa de Ramón.

El tiempo total aproximado que duró el asalto desde que los acusados abordaron a Ramón hasta que éste pudo ser liberado de sus ataduras fue de entre 30 y 45 minutos. Los asaltantes, antes de salir de la vivienda principal, abandonaron el dinero y joyas de las que se habían apoderado, salvo el reloj Rolex Submarine que había cogido John Jairo y seis monedas de plata de 2000 pesetas, objetos encontrados el 9 de junio de 2006 en poder de John Jairo. Igualmente, los miembros del grupo que permanecieron en la vivienda de los caseros, se llevaron, al menos, el teléfono móvil del Sr. Ramón, su reloj y una pulsera de oro blanco y amarillo de la señora Isabel, la cual fue recuperada el 9 de junio de 2009 en el domicilio de José Ignacio.

Francisco, a consecuencia de la cuchillada y los golpes que recibió, sufrió heridas consistentes en policontusiones del tipo equimosis y dolor en la región craneoencefálica y cervical, esguince del tobillo derecho, herida incisa superficial en la región del vacío derecho, que precisaron para su sanidad de limpieza y cura de la herida, tratamiento ortopédico -inmovilización del tobillo con vendaje elástico y deambulación sin apoyo durante dos semanas-, tratamiento farmacológico (prescripción de fármacos analgésicos y antiinflamatorios; profilaxis antibiótica y antitetánica) y recuperación funcional domiciliaria. Para alcanzar la curación y estabilización lesional, precisó el lesionado de 180 días de baja impeditivos y le han quedado, como secuelas, una lumbalgia residual que precisa de tratamiento farmacológico y perjuicio estético derivado de la existencia de una cicatriz lineal de unos 3 centímetros en la región inguinal derecha, así como dolor residual en tobillo derecho.

En el registro del domicilio sito en la calle S., núm. ..., donde se detuvo a José Rolando, John Jairo, Adrián y Lizeth, se encontró un subfusil Sten.MKIII E&C, núm. B..., con culata y cañón núm. 11131815, del calibre 9 mm. Parabellum en buen estado de conservación y funcionamiento, que tenían en el armario de su habitación y a su

disposición, John Jairo y José Rolando, quienes carecían licencia o permiso oportuno. También se encontró en el citado domicilio el reloj Rolex y las seis monedas de plata sustraídas.

En dicho domicilio, entre las pertenencias de Adrián y de Lizeth, mayor de edad, fueron encontradas sendas Cédulas de Identidad venezolanas que estaban expedidas, respectivamente, a nombre de Héctor José y Yamileth.

En el curso de las investigaciones de los posibles implicados se registró el despacho profesional de José Antonio, mayor de edad, sito en la calle M., núm. ..., 19 de Valencia, donde se encontró escondida en una fuente dispensadora de agua una pistola marca Star, modelo militar, calibre 9 mm. Largo, núm. 61, en buen estado de conservación y funcionamiento, fabricada en España entre 1920 y 1926 y que aquél poseía, careciendo de la licencia o permiso oportunos"(sic).

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Valencia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"1. Que debemos condenar y condenamos, A. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo y Reiber como autores de un delito de Robo con violencia e intimidación de los arts. 237 y 242.1 CP, concurriendo las agravantes de disfraz y abuso de superioridad del art. 22.2 CP, en concurso medial con un delito de allanamiento de morada del art. 202.1 CP y un delito de detención ilegal del art. 163.2 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

También condenamos a Jorge Alexander como autor de dichos delitos, concurriendo en él la atenuante analógica de confesión de los arts. 21.6 y 21.4 del Código Penal, a cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Asimismo, imponemos a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y a Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también les imponemos las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

B. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo y Reiber como autores de un delito de Robo con violencia e intimidación y uso de armas de los arts. 237 y 242.1 y 2 CP, concurriendo la agravante de disfraz del art. 22.2 CP, en concurso medial con un delito de allanamiento de morada del art. 202.1 CP y dos delitos de detención ilegal del art. 163.2 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

También condenamos a Jorge Alexander como autor de dichos delitos, concurriendo en él la atenuante analógica de confesión de los arts. 21.6 y 21.4 del Código Penal, a cuatro años y ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Asimismo, imponemos a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y a Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también les imponemos las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

C. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander - concurriendo en éste la atenuante analógica de confesión de la infracción de los arts. 21.6 y 21.4 CP - como autores de un delito de lesiones de los arts. 147.1 y 148.1 CP, a sendas penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Asimismo, imponemos a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también les imponemos las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

D. A John Jairo y José Ronaldo, como autores de un delito de depósito de arma de guerra, en su condición de promotores del depósito, de los arts. 566.1.1 y 567 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

E. A José Antonio, como autor de un delito de tenencia ilícita de arma de fuego del art. 564.1.1 del Código Penal, a un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

F. Asimismo, condenamos

1) A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, por partes iguales, al pago de ocho decimoquintas partes -8/15 partes- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas generadas a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

2) A John Jairo y José Rolando, al pago, por partes iguales, de una decimoquinta parte -1/15 parte- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas que se le han generado a la representación procesal de Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

3) A José Antonio al pago de una decimoquinta parte -1/15 parte- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas que se le han generado a la representación procesal de Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

G. Condenamos a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, a pagar conjunta y solidariamente 11.538,80 euros -once mil quinientos treinta y ocho euros y ochenta céntimos- a Francisco, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.Civil.

H. Se decreta el comiso del subfusil, la pistola de aire comprimido, la pistola Star, las dos navajas, los teléfonos y tarjetas utilizadas en la comisión de los hechos y los pasamontañas, bragas, cartuchos, proyectiles y casquillos intervenidos.

En relación a los documentos -pasaportes, cédulas de identidad-, procederá, en aplicación de lo previsto en el art. 635 de la L.e .crim., la entrega a sus legítimos titulares. En el caso de los documentos que están a nombre de Adrián y Lizeth -y Héctor José y Yamileth-, se hará entrega de los mismos en función del resultado que ofrezca la previa comprobación policial de cuáles son sus verdaderas identidades.

El dinero intervenido se aplicará al pago de las responsabilidades pecuniarias, a salvo aquéllas cantidades que pertenecieran a personas que no han resultado condenadas.

I. En el caso de John Jairo y José Rolando, por aplicación del art. 76.1 del CP, el máximo de cumplimiento se fija en quince años de prisión.

2. Que debemos absolver y absolvemos

A. A Fredy Hernán, César y José Antonio, de los delitos de robo con violencia e intimidación, tentativa de homicidio o lesiones, detención ilegal y allanamiento de morada, de los que venían acusados.

B. A Adrián y a Lizeth de los delitos de depósito de armas de guerra y falsedad documental de los que venían acusados.

C. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber, Jorge Alexander, Fredy Hernán y César, del delito de tenencia ilícita de arma del que venían acusados.

D. A Francisco, de los delitos de homicidio y asesinato de los que venía acusado, por ser el mismo autor de un sólo delito de homicidio del art. 138 CP y concurrir en él la eximente completa de legítima defensa del art. 20.4 CP.

Se declaran de oficio, cinco decimoquintas partes de las costas -5/15 partes-, con la salvedad de que se condena a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, como acusadores particulares, a pagar conjunta y solidariamente la mitad de las costas procesales que ha atendido Lizeth por su intervención como acusada en juicio”(sic).

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, por Aníbal, Jorge Alexander, José Ignacio, John Jairo, Reiber, José Rolando, Elizabeth y Adrian, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por Aníbal, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24-1 de la Constitución Española en relación el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

3.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

4.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

5.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, el derecho a la intimidad personal, el artículo 24.1 por la indefensión generada, y el art. 24.2, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

6.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, el derecho a la intimidad personal, el artículo 24.1 por la indefensión generada, y el art. 24.2, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

7.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim. por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente el derecho a la debida defensa, y no indefensión.

8.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones de los arts. 18.1 y 18.3, así como al derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española, todo ello en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- El recurso interpuesto por Jorge Alexander, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 237 y 242.1 del Código Penal al estimar los hechos como dos delitos de robo con violencia e intimidación.

2.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 163.2 del Código Penal "Delito de detención ilegal".

3.- Por infracción del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 147.1 Código Penal "Delito de lesiones".

4.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 852, se denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 148.1 Código Penal, en relación con el artículo 25.1 derecho fundamental a la legalidad penal y concretamente al principio de non bis idem.

5.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 29 y 63 del Código Penal "complicidad".

6.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 22.2 del Código Penal "Ejecutar el hecho mediante disfraz".

7.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por falta de aplicación de la atenuante del artículo 21.4 del Código Penal "confesión de la infracción" como muy cualificada.-

8.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 21.4 del Código Penal "confesión de la infracción" al delito de lesiones.

9.- Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 21.6 del Código Penal "Dilaciones indebidas".

SEXTO.- El recurso interpuesto por José Ignacio, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Se articula el primer motivo, al entender que existe infracción del artículo 5.4 y 11.1 de la LOPJ, al haberse infringido los artículos 18 y 24 de la Constitución, por vulneración de los mismos, no existiendo por todo ello prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado en el delito porque ha sido condenado.-

2.- Se articula este motivo, al entender que existe infracción del artículo 21.6 del CP, por la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.-

SÉPTIMO.- El recurso interpuesto por John Jairo, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos al amparo de los artículos 5.4 y 11 de la LOPJ, los artículos 18.1 y 3 y 120 de la Constitución española, y 24.2 del mismo texto legal en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías por entre otros extremos, y con ánimo de lucro de enunciativo y no limitativo.

2.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 LECr, se alega vulneración del art. 24.2 CE en relación entre otros derechos y principios penales con el derecho a la defensa y a la práctica de la prueba pertinente, por la indebida denegación de la suspensión del Juicio Oral para y a la luz del escrito de esta parte de fecha 9 de febrero de 2010.

3.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringido el art. 9 CE, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

4.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente a un proceso judicial con todas las garantías.

5.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

6.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, en relación con los arts. 9.3 (seguridad jurídica) y art. 120.3 C.E. (Resolución motivada).

7.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, vulneración de la presunción de inocencia.

8.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 120.3 de la C.E. por, y a efectos dialécticos y/o subsidiarios, falta de motivación de la pena impuesta en cuya determinación se han infringidos los principios de igualdad y proporcionalidad 24 CE.

9.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente el derecho a la debida defensa.-

10.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim., al entender que existe error de hecho en la apreciación y fijación de la prueba, o hechos probados basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

11.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley y doctrina legal en relación a los artículos 237 y 242.1 del Código Penal, indebidamente aplicados.

12.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 15, 16 y 62 del Código Penal, indebidamente inaplicados o no aplicados, en relación con el delito de Robo.

13.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 202.1 del Código Penal, indebidamente aplicado.

14.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 163.2 del Código Penal, indebidamente aplicado.

15.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 77.1 y 2 del Código Penal, indebidamente aplicado.

16.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de ley y doctrina legal en relación a los artículos 21.6 y 21.4 del Código Penal, indebidamente no aplicados en la persona de su mandante John Jairo. Atenuante de confesión de la infracción.

17.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 21.6 del Código Penal, indebidamente no aplicados en la persona de su mandante D. John Jairo. Atenuante analógica de dilaciones indebidas.

18.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 147 y 148.1 del Código penal, indebidamente aplicado, y falta de aplicación del artículo 617.1 del Código Penal.

19.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim., por infracción de Ley y doctrina legal en relación con los artículos 123 y 124 del Código Penal, indebidamente aplicados.

20.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal y a efectos dialéctico y/o subsidiarios, en relación con los arts. 66, 67 y 77 del Código Pena, en cuanto a la extensión de las penas impuestas, erróneamente aplicados.

21.- Al amparo del artículo 849.1 de la LEcrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 566.1.1 y 567, erróneamente aplicados, y a efectos subsidiarios o dialécticos falta de aplicación del artículo 566.1.1 y 567 del Código Penal en su modalidad de cooperador.-

OCTAVO.- El recurso interpuesto por Reiber, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución Española en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

3.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

4.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

5.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española, el derecho a la intimidad personal, el artículo 24.1 por la indefensión generada, y el artículo 24.2 en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

6.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 18.3 de la Constitución Española, el derecho al secreto de las comunicaciones, el artículo 24.1 por la indefensión generada, y el artículo 24.2 en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

7.- Por infracción de Ley del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 9 de la Constitución Española.

8.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española,

el derecho a la intimidad personal, el artículo 24.1 por la indefensión generada, y el artículo 24.2 en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

9.- Infracción de Precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente el derecho a la debida defensa, y no indefensión.

10.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones de los arts. 18.1 y 18.3, así como al derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española, todo ello en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

NOVENO.- El recurso interpuesto por José Rolando, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim, art. 5.4 y 11 de la LOPJ al resultar infringido los arts. 18.1 y 3 y art. 120 de la Constitución Española y del art. 24.2 del mismo texto legal en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías en relación al secreto de comunicaciones intervenciones sin habilitación legal o irregularmente concedida.-

2.- Al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 LECr, se alega vulneración del art. 24.2 CE en relación con el derecho a la defensa y a la práctica de la prueba pertinente, por la indebida denegación de la suspensión del juicio oral para acordar instrucción complementaria conforme al art. 729 apartado 2 y 3, o bien por el art. 746.4 ambos de la LECrim consecuencia de las inesperadas declaraciones de John Jairo en juicio.-

3.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente a un proceso judicial con todas las garantías.

4.- Por infracción de precepto Constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por considerarse infringidos el art. 24 Ce, en relación con los arts. 9.3 CE (seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos) y art. 120.3 CE (resolución motivada).

5.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por considerarse infringidos el art. 24 Ce, vulneración de la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

6.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, al entender que existe un error de hecho en la apreciación y fijación de la prueba, o hechos probados basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Juzgador. Documento obrante al folio 2644 de la causa en el que el Secretario del Juzgado de Paz de Canals manifiesta la incomparecencia de los perjudicados a los efectos de practicar relación de objetos sustraídos pese a los reiterados llamamientos, en relación

al proveído obrante a los folios 2459 y 2460 de la causa, e informe fiscal obrante a los folios 2454 y 2455.-

7.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 237 y 242 del Código Penal, indebidamente aplicados.

Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 15, 16 y 62 del Código Penal, indebidamente aplicados, en relación con el delito de robo.

8.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 147 y 148.1 del Código penal, indebidamente aplicado, y falta de aplicación del artículo 617.1 del Código Penal.

9.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 566.1.1 y 567, erróneamente aplicados, y a efectos subsidiarios aplicación del artículo 566.1.1 y 567 del Código Penal en su modalidad de cooperador.

DÉCIMO.- El recurso interpuesto por Elizabeth, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Recurso de Casación por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), al derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías (24.2 CE en relación al 10.2 CE y art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas en un proceso equitativo con todas las garantías para utilizar los medios necesarios de prueba) y vulneración del principio de legalidad (25.2 CE).

2.- Por infracción de Ley con fundamento en el 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por evidente error en la apreciación de la prueba, llevada a cabo en el acto del juicio oral, no contradichos por ningún otro medio probatorio, que evidencia la equivocación del Juzgador.

3.- Por infracción de Ley, con fundamento en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la eximente del art. 20.4 del Código Penal.

DECIMOPRIMERO.- El recurso interpuesto por Adrian, se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución española en relación al art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española,

por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

3.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

4.- Por infracción de Ley del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de un precepto constitucional, infracción del artículo 24.1 de la Constitución española, por clara indefensión, y del art. 24.2 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a un proceso con todas las garantías.

5.- Infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por considerarse infringidos el art. 24 CE, concretamente, el derecho a la debida defensa, y no indefensión.

6.- Infracción del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 163.2 del Código Penal, indebidamente aplicado.

7.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim., por considerarse infringidos el art. 24 Ce, concretamente a un proceso judicial con todas las garantías, concretamente sin dilaciones indebidas.

8.- Por infracción del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrina legal en relación a los artículos 16, 16 y 62 del Código Penal, indebidamente inaplicados o no aplicados, en relación con el delito de robo.

9.- Infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 LECrim, por considerarse infringido el art. 120.3 de la CE por, y a efectos dialécticos y/o subsidiarios, falta de motivación de la pena impuesta en cuya determinación se han infringido los principios de igualdad y proporcionalidad 24 CE.; y también al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, por infracción de Ley y doctrinal legal y a efectos dialécticos y/o subsidiarios, en relación con los arts. 66, 67 y 77 del Código Penal, en cuanto a la extensión de las penas impuestas, erróneamente aplicados.

10.- Infracción de Ley por vulneración del derecho fundamental al derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones de los arts. 18.1 y 18.3 así como al derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 24.2 de la Constitución Española, todo ello en relación con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

DECIMOSEGUNDO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes recurridas, se oponen a los motivos de los recursos interpuestos, que subsidiariamente se impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

DECIMOTERCERO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día dieciocho de mayo de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso interpuesto por Jorge Alexander

PRIMERO.- En el primer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la infracción de los artículos 237 y 242.1 del Código Penal al estimar el Tribunal que los hechos probados constituyen dos delitos de robo y no uno solo. Sostiene que de la sentencia se desprende que los hechos constituyen la ejecución de un único plan para el robo de la vivienda principal, aunque entraran en la de los guardeses con la finalidad de obtener las llaves de aquella y de asegurar el robo, lo cual no puede considerarse alterado por el hecho de que en la segunda vivienda alguno de los acusados se apoderara de algún objeto.

1. Se declara probado en la sentencia que los acusados se concertaron para asaltar el chalet propiedad de Francisco y apropiarse de lo que pudieran encontrar de valor; que mientras algunos permanecían fuera en tareas de vigilancia, otros saltaron la valla penetrando en el interior del recinto vallado donde se encontraban el chalet y la casa de los guardeses; que entraron en esta última vivienda donde ataron de pies y manos al casero Ramón, a quien exigieron que les dijera dónde estaba la caja fuerte, cogiendo unas llaves que resultaron ser de una puerta lateral del chalet y algunos objetos propiedad de Ramón, como el reloj y el móvil. Varios acusados se dirigieron al chalet principal mientras otros permanecían en la casa de los guardeses vigilando a Ramón y revolviendo su interior, donde se apoderaron, al menos, de una pulsera de oro propiedad de la esposa de aquel. En el chalet tuvieron lugar los hechos que se describen en el relato fáctico, entre los que se encuentran el apoderamiento de cosas muebles, entre ellas un reloj Rolex y varias monedas de plata, aprovechando la intimidación y fuerza física empleados contra los moradores en la ejecución de los hechos.

2. Respecto de los delitos de robo con violencia o intimidación, la jurisprudencia (SSTS, entre otras, de 18-9-1993, 13-12-1995, 29-6-1999, 31-1-2000 o 25-7-2000, citadas por la STS núm. 1564/2002), ha rechazado reiteradamente la aplicación de la figura del delito continuado en atención a los bienes jurídicos eminentemente personales que, junto a los patrimoniales, se ven afectados por esta clase de conductas, resaltando de esta forma la individualidad jurídica de cada acción. Así, se ha dicho, STS núm. 97/2010, que "...el delito de robo con violencia es pluriofensivo en cuanto atenta a la vez al patrimonio y a la libertad de las personas, daño tipo de ofensa a bienes evidentemente personales que adquiere una significación especial y que impide apreciar la continuidad delictiva, tanto entre distintos robos con violencia o intimidación (SSTS. 78/2000 de 31.1, 1336/2000 de 25.7), como entre robo con violencia y robo con fuerza en las cosas o hurto (SSTS. 6.11.85, 18.7.86, 26.10.90, 23.6.93)".

Esta exclusión no ha impedido, sin embargo, considerar como un único delito de robo, aunque sean varios los sujetos pasivos, el apoderamiento que se efectúa aprovechando la intimidación ejercida en el mismo acto sobre distintas personas con finalidad depredatoria de sus bienes muebles, conclusión que se alcanza sobre la base de la doctrina de la unidad natural de acción, que "...existe cuando los diversos actos parciales responden a una única resolución volitiva y se encuentran tan vinculados en el tiempo y en el espacio que por un observador imparcial han de ser considerados como una unidad. Son acciones separables pero del mismo tipo y repetidas en un corto espacio de tiempo, en cuyo caso la lesión delictiva sólo experimenta una progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario en respuesta a una también misma motivación" (STS núm. 659/1996). Fuera de esos casos, el ataque a distintos patrimonios en diferentes lugares, aunque sean próximos, con sujetos pasivos diversos, dará lugar a la apreciación de varios delitos de robo.

3. En el caso, de los hechos probados se desprende que, aunque existía un único plan de acción y ambas viviendas se encontraban en el interior de un único recinto vallado, cada una de ellas mantenía su independencia y singularidad, en cuanto que se trataba de edificaciones separadas físicamente y cada una constituía el domicilio de personas diferentes. Los acusados penetraron en ambas intimidando a sus moradores contra los que ejercieron violencia física, y realizaron actos de apoderamiento en cada una de ellas, lo cual permite considerar cometidos dos delitos.

Por lo tanto el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, por la misma vía procesal, denuncia la indebida aplicación del artículo 163.2 del Código Penal. Sostiene que el tiempo empleado en el acto depredatorio debe valorarse en relación con las características del hecho y del lugar, de manera que, en el caso, al tratarse de una vivienda de gran superficie, la privación de libertad debe quedar absorbida por la violencia o intimidación propia del delito de robo.

1. Hemos señalado en otras ocasiones (STS núm. 1548/2004, entre otras), que "el delito de detención ilegal se comete encerrando o deteniendo a una persona contra su voluntad, o sin ella, privándole de su libertad. Es un delito de consumación instantánea, que se produce en el mismo momento de la privación de libertad, y de carácter permanente, pues subsiste mientras continúa dicha privación. En delitos como el robo con violencia o intimidación, una mínima privación de libertad ambulatoria es consustancial a la acción típica, pues es claro que mientras se ejecuta la acción depredatoria, la víctima permanece en una situación en la que aquella libertad está abolida, pues su situación espacial no puede ser determinada por su propia voluntad, sino que está seriamente condicionada por la acción del autor del robo. En estos casos, esta privación de libertad, que, aisladamente considerada sería una acción típica de detención ilegal, con independencia de su duración, queda absorbida por el delito de robo, por aplicación de las reglas del concurso aparente de Leyes del artículo 8.3 del Código Penal.

Una segunda situación se plantea en aquellos casos en los que la acción que supone la privación de libertad ambulatoria, desde un punto de vista externo y objetivo, y teniendo en cuenta también el plan del autor, es un medio para conseguir el apoderamiento típico del robo. En estos casos, la privación de libertad se extiende temporalmente más allá del tiempo mínimo concurrente con la acción típica del robo, pero se encuentra con éste en una relación de medio a fin, según las exigencias propias del concurso medial. Existen entonces dos delitos, pero es posible apreciar entre los mismos una relación de medio a fin, que se resuelve mediante la aplicación de las normas del artículo 77 del Código Penal para el concurso de esa clase.

Y, finalmente, una tercera situación tiene lugar en aquellos casos en los que la privación de libertad, aun cuando esté temporal y espacialmente relacionada con el robo, es una acción independiente de aquél, que tiene su propia sustantividad y que no está condicionada en su propia existencia por el delito de robo que puede producirse antes, durante o después de la detención ilegal. En estos casos estaríamos ante un supuesto de concurso real”.

2. En el caso, la cuestión ha sido resuelta por la Audiencia de forma benévola con los acusados, al aplicar el artículo 163.2 y apreciar el concurso con dos detenciones ilegales en uno de los supuestos, lo cual no puede ahora rectificarse al no existir recurso de las acusaciones en este sentido.

De todos modos, en relación con el motivo, la privación de libertad de las víctimas supera el tiempo que en sí mismo incorpora el empleo de la intimidación propia de esta clase de robo. Es claro que si el plan del autor implica una privación de libertad por un tiempo extenso con la finalidad de obtener así el apoderamiento, ello no supone que aquella pierda su sustantividad y significado antijurídico y que quede absorbida por el delito de robo. La privación de libertad ambulatoria que resulta absorbida por la acción contra la propiedad es solo aquella que, acudiendo a criterios objetivos, resulta inseparable de la misma, por su propia naturaleza. Pero tal absorción no se extiende a cualquier detención ilegal que se dilate en el tiempo a resultas del plan del autor. En esos casos, la antijuricidad de la conducta privativa de la libertad de la víctima no desaparece en el delito de robo, sino que es apreciable como un ataque diferente a un bien jurídico distinto, lo cual debe resolverse con las reglas del concurso real o medial, según el caso.

Por lo tanto, el motivo debe desestimarse

TERCERO.- En el motivo tercero, por la misma vía, denuncia la indebida aplicación del artículo 147 del Código Penal, pues entiende, de un lado, que solo podría considerarse la existencia de una falta de lesiones, ya que los forenses no exploraron al lesionado o bien no vieron la herida y respecto a la inmovilización del tobillo no se ha podido vincular la lesión a los hechos. De otro lado, sostiene que el recurrente permaneció fuera del recinto y por lo tanto no le es imputable.

1. En cuanto al primer aspecto, en la sentencia se declara probado que la víctima precisó para su sanidad limpieza y cura de la herida, tratamiento ortopédico consistente en inmovilización del tobillo, tratamiento farmacológico consistente en analgésicos, antiinflamatorios y profilaxis antibiótica y antitetánica, y recuperación funcional. Igualmente se contiene en la fundamentación jurídica la expresión de las aclaraciones que los médicos realizaron en el plenario, concretamente en relación a la herida incisa respecto de la que aclararon que no se había suturado para prevenir infecciones pero que las curas posteriores se consideraban como quirúrgicas y eran precisas para la sanación. De todo ello, basado según la sentencia en los dictámenes forenses, se desprende la necesidad del tratamiento médico para la curación, lo que conduce a considerar los hechos como constitutivos de delito y no de falta.

2. En cuanto a la segunda cuestión, el recurrente participó del plan común tanto en su conocimiento como en su ejecución y aportó su colaboración orientada a asegurar el desarrollo del plan mediante la vigilancia exterior y la huida del lugar en el momento adecuado, lo que le permitía el codominio funcional de la acción. Conocía que en la intimidación se emplearían armas de fuego y armas blancas, por lo que venía a aceptar la producción de resultados lesivos que no excedieran los que probablemente se pudieran derivar de la previsible resistencia de las víctimas. En consecuencia, tales resultados le son directamente imputables.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el cuarto motivo denuncia la indebida aplicación del artículo 148.1 del Código Penal, pues considera que se infringe el principio non bis in idem al aplicar la agravación por uso de armas tanto al robo como a las lesiones.

1. En la jurisprudencia se ha destacado la diferencia entre ambos supuestos agravados, pues bastando para el robo la mera exhibición, se ha exigido para las lesiones agravadas una efectiva utilización concretamente peligrosa, lo que excluiría la existencia de una doble valoración. Los pronunciamientos aparentemente contradictorios a esta tesis diferenciadora suelen referirse a supuestos en los que la violencia orientada al apoderamiento se concreta precisamente en la causación de lesiones con empleo del medio peligroso, casos en los que la doble agravación no se ha considerado posible. Distintos de aquellos otros en los que, utilizada el arma en actos de exhibición para conseguir la intimidación, en el curso del apoderamiento se ejecuta un acto de agresión a alguna de las víctimas utilizando el arma de modo concretamente peligroso.

2. En el caso presente, los acusados portaban armas de fuego, armas de fuego simuladas y armas blancas que emplearon contra los asaltados para amedrentarlos y obtener su pasividad ante el robo, y solo posteriormente, al intentar reaccionar una de las víctimas, se utilizó contra él un arma blanca causándole lesión. De todos modos, la pena impuesta, dos años de prisión, es igualmente imponible según el tipo básico y dadas las circunstancias de los hechos no puede considerarse desproporcionada.

Por todo ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- En el quinto motivo se queja de la inaplicación del artículo 29 del Código Penal, pues entiende que su conducta debe ser calificada como complicidad.

1. Según el artículo 29 del Código Penal son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros, al cual se realiza alguna aportación relevante, aunque no esencial.

La doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad.

Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriad (STS núm. 1216/2002, de 28 de junio); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS núm. 1216/2002 y STS núm. 2084/2001, de 13 de diciembre); de una participación accidental y no condicionante (STS núm. 1456/2001, de 10 de julio); o de carácter accesorio (STS núm. 867/2002, de 29 de julio). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS núm. 1430/2002, de 24 de julio); de un auxilio eficaz (STS núm. 1216/2002, de 28 de junio), o de una contribución relevante (STS núm. 867/2002, de 29 de julio).

Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS núm. 1531/2002, de 27 de septiembre, afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del

resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

De otro lado, es necesario un concierto de voluntades, que, eso sí, puede ser anterior, coetáneo o sobrevenido, y puede adoptarse expresa o tácitamente (STS núm. 221/2001, de 19 de febrero).

2. El Tribunal ha considerado al recurrente coautor del delito de robo. Del artículo 28 del Código Penal se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Para ello es preciso un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso respecto a lo aceptado, expresa o tácitamente, por todos ellos. Y además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido. No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos que integran el elemento central del tipo, pues cabe una división del trabajo, sobre todos en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del codominio funcional del hecho. De esta forma, a través de su aportación, todos los coautores dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite considerar a todos ellos autores de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

3. En el caso, el recurrente, con conocimiento del plan del robo y de las circunstancias en las que se iba a ejecutar, y de acuerdo con todos los demás acusados, participó en el mismo aportando una furgoneta, conduciéndola hasta el lugar de los hechos y permaneciendo fuera de la finca en actitud de vigilancia y espera para facilitar después la huida. Tal precisión resulta de la fundamentación jurídica, fundamento jurídico 5º, apartado A, pues la sentencia omite describir en el hecho probado la participación concreta de cada acusado.

La labor de vigilancia y espera para facilitar la huida ha sido considerada generalmente como supuesto de coautoría (STS núm. 1702/2001). Es posible considerar algún supuesto en el que, dadas las circunstancias concretas, la escasa relevancia de la aportación pudiera justificar la apreciación de la complicidad. En el caso no es así, ya que los hechos se ejecutan en el interior de un recinto vallado, de manera que la aportación de quien desde fuera realiza la vigilancia que desde dentro es imposible llevar a cabo, aporta un elemento decisivo para la posibilidad de la ejecución, a lo que añade el aseguramiento de la huida en caso de dificultad.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

SEXTO.- En el motivo sexto denuncia la indebida aplicación de la agravante de disfraz, que entiende no comunicable al recurrente en tanto que no pudo ver su utilización por los demás acusados.

1. Lo que el recurrente plantea es la indebida aplicación del artículo 65 del Código Penal, en tanto que dispone que las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla se aplicarán a los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

2. En el caso, en la sentencia se considera de forma expresa que dado que todos los acusados utilizaron armas y elementos para ocultar sus facciones y que todos ellos se reunieron poco antes de la comisión de los hechos como paso previo a su ejecución, y que esta comenzó encontrándose todos ellos en el mismo lugar, es razonable concluir que todos ellos conocían esos aspectos de la acción y que, por lo tanto, circunstancias agravantes como la derivada del uso de disfraz, resulta comunicable a todos los partícipes.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SÉPTIMO.- En el séptimo motivo se queja de la falta de aplicación de la atenuante de colaboración como muy cualificada. Resulta condenado por su propia confesión y su declaración resulta relevante para la condena de otros acusados. Además se queja de que su primera declaración se realizó en calidad de testigo protegido, abandonándolo después a su suerte.

1. Las atenuantes solo pueden ser consideradas muy cualificadas cuando concurren con una especial intensidad. Para ello es preciso valorar los requisitos de cada atenuante y las circunstancias del caso.

La atenuante de confesión del artículo 21.4 exige que el sujeto confiese la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. No es preciso ningún elemento subjetivo relacionado con el arrepentimiento por el hecho cometido. Cumpliéndose el elemento temporal, es suficiente con una confesión del hecho que pueda reputarse veraz, es decir, que no oculte elementos relevantes y que no añada falsamente otros diferentes, de manera que se ofrezca una versión irreal que demuestre la intención del acusado de eludir sus responsabilidades mediante el establecimiento de un relato que le favorezca, y que resulta ser falso según la valoración de la prueba realizada después por el Tribunal. En este sentido la STS núm. 1072/2002, de 10 de junio; STS núm. 1526/2002, de 26 de septiembre; y STS núm. 590/2004, de 6 de mayo, entre otras.

Se ha apreciado la analógica en los casos en los que, no respetándose el requisito temporal, sin embargo el autor reconoce los hechos y aporta una colaboración relevante para la justicia, realizando así un acto contrario a su acción delictiva que de alguna forma contribuye a la reparación o restauración del orden jurídico vulnerado.

Así, decíamos en la STS núm. 809/2004, de 23 junio que “esta Sala ha entendido que la circunstancia analógica de colaboración con la justicia requiere una aportación que, aun prestada fuera de los límites temporales establecidos en el artículo 21.4ª del Código Penal, pueda ser considerada como relevante a los fines de restaurar de alguna forma el orden jurídico perturbado por la comisión del delito”. En el mismo sentido, la STS 1348/2004, de 25 de noviembre.

2. El Tribunal ha apreciado la atenuante analógica a la de confesión, y ha tenido en cuenta que el recurrente solo reconoció los hechos cuando ya había sido detenido, y además lo hizo negando su participación. Cuando se obtuvieron datos que lo incriminaban, y ya no fue posible considerarlo como testigo protegido, cesó su colaboración y en el juicio oral no ratificó sus declaraciones sobre los coimputados, aunque no negó su participación. No obstante, a pesar de que la confesión no puede reputarse veraz y que además respecto de los demás acusados no fue mantenida en el plenario, se apreció benévolamente la atenuación dada la trascendencia para la investigación de sus declaraciones iniciales, luego corroboradas por otras pruebas.

Finalmente, la consideración de la atenuación como muy cualificada no aparece planteada en las conclusiones de la defensa del recurrente y tampoco resulta de los aspectos fácticos contenidos en la sentencia, por lo que se trata de una cuestión nueva que no tiene acceso a la casación.

Por todo ello, el motivo se desestima.

OCTAVO.- En el motivo octavo se queja de la indebida inaplicación de la atenuante de confesión al delito de lesiones, pues aunque se considera de aplicación no tiene ningún efecto degradatorio en la pena, sin que en la sentencia se contenga ningún argumento jurídico

1. La concurrencia de una atenuante supone que el Tribunal debe imponer la pena en la mitad inferior. La pena correspondiente al delito de lesiones de los artículos 147 y 148 se encuentra comprendida entre dos y cinco años de prisión, de manera que la mitad inferior comprende desde dos años hasta tres años y seis meses.

2. En el caso, la pena impuesta a todos los acusados es de dos años. Es posible que el recurrente pudiera argumentar desde la perspectiva del agravio comparativo, al no diferenciar el Tribunal las penas correspondientes a los autores en los que concurre una circunstancia atenuante, como ocurre con el recurrente, y los demás. Pero ello no conduce a una disminución de la pena que a él corresponde de manera que fuera posible imponerla en una extensión menor que el límite mínimo legalmente determinado.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

NOVENO.- En el noveno motivo denuncia la indebida inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas.

1. El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable. Concepto no exactamente coincidente con el anterior, pero relacionado con él, en tanto que el plazo del proceso dejará de ser razonable cuando se haya incurrido en retrasos no justificados.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. 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 L. Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el periodo a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso L. Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado, sobre la base del artículo 4.4 del Código Penal, que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia y de que la Constitución reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación en relación con los demás datos de la causa. No es el único caso en el que la ley reconoce efectos atenuatorios a conductas posteriores al hecho.

La jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. De esta forma, se entiende que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas alcanza al derecho a que la sanción, de ser procedente, no sea desproporcionada respecto a la necesidad de pena existente cuando se impone. (En este sentido la STS núm. 1432/2002, de 28 de octubre; la STS núm. 835/2003, de 10

de junio y la STS núm. 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS núm. 1583/2005, de 20 de diciembre; STS núm. 258/2006, de 8 de marzo; STS núm. 802/2007, de 16 de octubre; STS núm. 875/2007, de 7 de noviembre, y STS núm. 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

Esta Sala ha venido exigiendo, además, que se especifiquen por el recurrente los plazos de paralización que considera injustificados o las diligencias que entiende inútiles.

2. En el caso, el recurrente señala distintos momentos del proceso, desde los hechos en enero de 2006, hasta el juicio oral en febrero de 2010, pero no precisa momentos indebidos de paralización. Es de tener en cuenta, de un lado, que la duración total de la causa no es extraordinariamente desproporcionada con las características de la misma, si se tiene en cuenta el alto número de imputados y las complejidades derivadas de la investigación de los hechos y de la posterior tramitación. En este sentido, no puede dejar de señalarse que si bien las actuaciones propuestas por los ahora recurrentes no resultan criticables en cuanto suponen el ejercicio de su derecho de defensa, implican la dedicación de un tiempo para su tramitación, estudio y resolución, que no puede considerarse como indebido a los efectos de la atenuación posterior de la pena, aunque hayan causado retrasos e incluso algunas paralizaciones justificadas por la necesidad de proceder al estudio de las cuestiones planteadas antes de su resolución.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Aníbal

DECIMO.- En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Sostiene que no ha quedado acreditada la imputación formulada contra él y que el imputado Freddy Hernán ha sido absuelto utilizando el mismo criterio empleado para dictar su condena. Igualmente afirma que existen indicios exculpatorios que no han sido valorados. Señala que el fundamento de su condena es la declaración policial de un coimputado que nunca fue ratificada a presencia judicial.

1. En la STS núm. 541/2007, de 14 de junio, se decía lo siguiente en relación a la posibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones prestadas en sede policial, luego rectificadas ante la autoridad judicial: "Esta Sala se ha planteado en ocasiones la eficacia probatoria de las declaraciones realizadas en sede policial. La doctrina de esta Sala y la del Tribunal Constitucional han entendido que las únicas pruebas de cargo que pueden ser valoradas con eficacia enervante de la presunción de inocencia son las practicadas en el juicio oral bajo los principios de oralidad, inmediación y contradicción, y, ordinariamente, de publicidad, mientras que las diligencias practicadas en la fase de instrucción son solamente medios de investigación

que permiten preparar la decisión sobre la apertura del juicio oral e identificar y asegurar los medios de prueba. Esta regla general admite, sin embargo, excepciones, pues no puede negarse todo valor probatorio para cualquier caso a las diligencias sumariales. Sin embargo, como tales excepciones, han de ser interpretadas restrictivamente.

Concretamente en lo que se refiere a las declaraciones testificales, los artículos 714 y 730 de la LECrim permiten incorporar al plenario el resultado de diligencias sumariales cuando se aprecie contradicción entre lo declarado ante el Juez y lo declarado en el juicio oral o cuando resulte imposible o de extrema dificultad la presencia del testigo en el acto del juicio. Bien entendido que como expresa rotundamente la STC 206/2003, “debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, F. 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim “se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el período procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía””. Solo, pues, las diligencias del sumario propiamente dicho y siempre que se hayan practicado de forma inobjetable en función de las garantías exigibles.

Respecto de las declaraciones prestadas por los testigos en sede policial, carecen en principio de valor probatorio de cargo, no bastando con su reproducción en el juicio oral para que puedan ser tenidas como pruebas (STC 31/1981; 9/1984; 51/1995; y 206/2003), siendo necesario para ello que sean ratificadas y reiteradas a presencia judicial. La misma doctrina ha entendido que en supuestos excepcionales, cuando concurren circunstancias “que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías” (STC 7/1999), será posible que tales diligencias alcancen valor probatorio de cargo si sus resultados son introducidos en el juicio oral mediante la práctica de auténticos medios de prueba practicados con arreglo a la normas que rigen el juicio oral. (SSTC 36/1995, de 6 de febrero; 51/1995, de 23 de febrero; 7/1999, de 8 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre).

En estos casos excepcionales las declaraciones testificales prestadas ante la policía pueden ser introducidas válidamente mediante la declaración referencial de los agentes policiales que las presenciaron. Pero solamente de forma excepcional cuando existan circunstancias que impidan la práctica de la prueba mediante la declaración del testigo directo. Cuando éste comparece ante el Tribunal y declara rectificando sus declaraciones policiales, el contenido inculpatario de éstas no puede ser tenido en cuenta como prueba de cargo mediante su introducción a través de la declaración de los agentes que la presenciaron. En primer lugar, porque se trata de una declaración referencial cuando se dispone del testigo directo; y en segundo lugar porque no se prestó ante el Juez, sino ante los mismos que ahora declaran sobre su realidad y circunstancias. Es por ello que, aunque existen algunas sentencias del Tribunal Constitucional especialmente, que permitirían sostener otra posición sobre el particular, en realidad son afirmaciones que no pueden ser interpretadas de forma tan amplia que

dejen sin efecto las constantes exigencias relativas a la presencia del Juez en la declaración para que pueda considerarse prueba preconstituida, o la doctrina consolidada del mismo Tribunal acerca de la eficacia probatoria de las declaraciones de los testigos de referencia.

Cuando se trata de declaraciones de imputados la cuestión no es muy diferente. Esta Sala ha admitido la aplicación del artículo 714 de la LECrim en los casos en los que exista contradicción entre las declaraciones sumariales del acusado y las prestadas en el juicio oral. Asimismo ha establecido que el Tribunal puede tener en cuenta, total o parcialmente, unas u otras en función de la valoración conjunta de la prueba disponible. Pero siempre que se trate de declaraciones prestadas en el sumario ante el Juez de instrucción, de forma inobjetable, e incorporadas al juicio oral en condiciones de contradicción. Cuando se trata de declaraciones policiales, no pueden ser incorporadas al plenario como prueba de cargo a través del artículo 714, pues no han sido prestadas ante el Juez, única autoridad con independencia institucional suficiente para preconstituir pruebas. De otro lado, es evidente que no podrán ser utilizadas en caso de que se hubieran practicado con vulneración de derechos fundamentales, por aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, ello sin perjuicio de los efectos de su nulidad sobre otras pruebas derivadas, lo que sería necesario determinar en cada caso. Sin embargo, cuando se trata de declaraciones válidas, al haber sido practicadas con toda corrección, aun cuando no puedan ser valoradas como pruebas de cargo al no practicarse en presencia del Juez, pueden aportar datos objetivos que permitan seguir líneas de investigación.

Los aspectos fácticos aportados en la declaración policial del imputado que hayan podido ser comprobados, podrán ser valorados en función de su contenido incriminatorio una vez incorporados adecuadamente al juicio oral. En este sentido ya se había manifestado esta Sala en la STS 1106/2005, de 30 de septiembre. Decía esta sentencia que “En este sentido, conviene señalar que las declaraciones prestadas en sede policial, asistido de letrado, por un imputado, no pueden ser consideradas, por sí mismas, prueba de cargo, por tratarse de actividad preprocesal, que no ha sido incorporada ni al sumario ni al juicio oral (entre otras, STS 1940/2002, de 21 de noviembre). Ello no quiere decir, sin embargo, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues en el caso de tratarse de declaraciones autoincriminatorias, como es el caso, si proporcionan datos objetivos de donde obtenerse indicios de su veracidad intrínseca, la prueba de cargo se obtendrá a través de esos otros elementos probatorios, que conformarán la convicción judicial, y no estrictamente de su declaración policial.

Dicho de otro modo: si alguien confiesa un homicidio voluntariamente en sede policial, asistido de letrado, con todas las garantías, y previa información de sus derechos constitucionales, entre ellos el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y fruto de los datos que ha proporcionado se encuentra el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable del crimen en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso, la declaración auto-inculpatoria habrá cobrado valor a través de otros datos, ciertamente proporcionados por el imputado, pero

corroborados por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, sin que pueda señalarse que la prueba descansaba exclusivamente en la declaración del acusado llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial. Esto es lo que declara la STC 7/1999 -citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo-; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia “cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales”. Véase a este respecto la STS 918/2004, de 16 de julio.

Por otra parte, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 28 de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó que “las declaraciones válidamente prestadas ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia”. Acuerdo que fue seguido de las STS núm. 1215/2006, de 4 de diciembre.

En estos casos, aun cuando la declaración sea valorable, la prueba de cargo no viene constituida, en realidad, por el contenido de la declaración policial considerado en sí mismo y aislado de cualquier otro elemento, sino por el dato objetivo de carácter incriminatorio ya aportado en esa declaración, cuya realidad ha sido posteriormente comprobada por otros medios, siempre que haya sido incorporado válidamente al juicio oral. Asimismo, nada impide que las declaraciones policiales válidas sean empleadas en el interrogatorio del plenario con la finalidad de aclarar las diferencias entre unas y otras manifestaciones, especialmente en relación con los aspectos objetivos acreditados por otras pruebas a los que se acaba de hacer referencia, pues es claro que debe existir una oportunidad para la defensa del acusado en orden a la aportación de una explicación razonable respecto de aquellos elementos que lo incriminan.

Por lo tanto, cuando se trata de declaraciones policiales de imputados, es preciso, en primer lugar establecer su validez, descartando la vulneración de derechos fundamentales, a lo cual puede contribuir la declaración de quienes han intervenido o han presenciado la declaración. Y en segundo lugar, el Tribunal debe proceder a la valoración de los datos objetivos contenidos en aquella declaración cuya realidad haya sido comprobada, una vez incorporados debidamente al plenario por cualquiera de los medios admitidos por la jurisprudencia, lo que puede permitir al Tribunal alcanzar determinadas conclusiones fácticas en función de la valoración conjunta de la prueba”.

Más recientemente, en la STC núm. 68/2010, el Tribunal Constitucional, en un supuesto relativo a la valoración como prueba de cargo de la declaración de una coimputada prestada en sede policial y luego no ratificada ante el Juez, luego de recordar que “...hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de presupuestos y requisitos que hemos clasificado como:

a) Materiales -que exista una causa legítima que impida reproducir la declaración en el juicio oral-;

b) Subjetivos -la necesaria intervención del Juez de Instrucción-;

c) Objetivos -que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de haber sido convocado el Abogado del imputado, a fin de que pueda participar en el interrogatorio sumarial del testigo-; y

d) Formales -la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el art. 730 LECrim, o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de quienes sí intervinieron en el juicio oral- (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4; 344/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 c))”, afirmaba lo siguiente:

“b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que “dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim” (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2 b); 33/2000, FJ 5; 188/2002, FJ 2).

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepetibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994, ya citada, manifestamos que “tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales' (STC 217/1989). Por

consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria” (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, y 206/2003, de 1 de diciembre. En tales resoluciones afirmamos que “a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo” (STC 51/1995, FJ 2). Más concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, “las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria” (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 c)). Por otra parte, “tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim, por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim, tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial” (SSTC 51/1995, FJ 2; 206/2003, FJ 2 d))”.

De lo anterior se desprende que, en coincidencia con lo ya recogido en la STS núm. 541/2007 de esta Sala, el Tribunal Constitucional ha declarado, una vez más, la imposibilidad de valorar como prueba de cargo las declaraciones policiales no ratificadas ante la autoridad judicial, que deben excluirse, por lo tanto, del acervo probatorio, aun cuando, si han sido practicadas de forma válida, hayan podido constituir un mecanismo válido a efectos de orientar la investigación.

2. En el caso, la base de la condena, como el propio Tribunal reconoce, es la declaración policial de un coimputado. No es posible acudir a elementos de corroboración, ya que no se puede corroborar una declaración que no puede ser valorada. A estos efectos, la misma STC núm. 68/2010 señalaba que “...la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar”, con lo que se viene a excluir que lo que se declara de imposible valoración sea luego realmente valorado mediante el recurso a los supuestos elementos de corroboración.

No obstante, es preciso examinar si la exclusión de la declaración policial como material probatorio de cargo supone que la condena ha vulnerado la presunción de inocencia, pues para ello es necesario examinar si existen otras pruebas. De la detallada valoración que efectúa el Tribunal de instancia se desprende que la única prueba, que en realidad valora como elemento de corroboración de la declaración policial, es la atribución de un número telefónico al acusado recurrente, que en la franja horaria de los hechos se situaba en la zona donde éstos ocurren, y desde el que se efectuaron algunas llamadas a números de teléfono vinculados a otros acusados. Sin embargo, y con independencia de la regularidad y validez del método seguido para su obtención, al que luego se aludirá, aunque ese dato permitió en su momento sostener una sospecha fundada acerca de la posible participación del recurrente, no constituye prueba de cargo bastante acerca de su participación. De un lado, porque no demuestra que estuviera en el lugar de los hechos. En segundo lugar, porque si se pone en relación con la participación del coimputado que lo imputa en su declaración policial, tal como es descrita en la sentencia, resulta que ambos estarían fuera del recinto en labores de vigilancia, lo que no explica que se comunicaran telefónicamente si podían hacerlo directamente. En tercer lugar, porque no está probado más allá de la duda que ese teléfono fuera usado por el recurrente en esos momentos, aun cuando pudiera considerarse como su usuario habitual. Y finalmente, porque otros dos acusados, cuyas declaraciones han sido valoradas como veraces en otros aspectos, han afirmado que el recurrente no participó en los hechos. Todos estos datos permiten configurar una duda razonable acerca de la participación del recurrente que, como resulta de las exigencias derivadas de la presunción de inocencia, debe conducir a su absolución.

En consecuencia, el motivo se estima.

No es preciso el examen de los demás motivos del recurso.

Recurso interpuesto por José Ignacio.

UNDÉCIMO.- En el primer motivo denuncia infracción de los artículos 5.1 y 11.1 de la LOPJ al haberse infringido los artículos 18 y 24 de la Constitución, no existiendo por ello prueba de cargo válidamente obtenida suficiente para enervar la presunción de inocencia. Sostiene en definitiva que toda la prueba obtenida tiene su origen en la actuación de los agentes policiales consistente en examinar sin autorización judicial la agenda y el registro de llamadas y mensajes de los tres teléfonos hallados en el lugar de los hechos.

1. En la sentencia se relata que los agentes policiales, tras encontrar en el lugar de los hechos tres aparatos telefónicos, procedieron a examinar la agenda y la memoria de llamadas y mensajes SMS, haciéndolo sin autorización judicial. La Audiencia entendió, y así lo declaró, que tal actuación era nula, al infringir el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, en cuanto se refiere al examen del listado de llamadas y mensajes. Igualmente declara que de ese examen se obtuvo información relevante que permitió solicitar, el 9 de enero, la intervención de distintas líneas telefónicas a través de las cuales se habían mantenido contactos sospechosos con los números

correspondientes a los aparatos telefónicos indebidamente examinados. Igualmente se solicitó autorización judicial para obtener datos relativos a todas las llamadas y mensajes realizados y recibidos desde esos teléfonos de un periodo determinado, comprendido entre el 1 de noviembre de 2005 y el 4 de enero de 2006, fecha de los hechos, lo que se acordó mediante Auto de 18 de abril siguiente. La Audiencia entendió que dadas las circunstancias, si los agentes hubieran solicitado autorización para examinar los teléfonos se les habría concedido. De otro lado, la información obtenida tras el Auto de 18 de abril era la misma ya entonces conocida a través de la actuación policial irregular.

2. Esta Sala entiende que la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas producida al examinar sin previa autorización judicial el registro de llamadas y mensajes de los aparatos telefónicos encontrados en el lugar de los hechos, determina la imposibilidad de valorar, tanto a los efectos de la investigación como a los probatorios, los datos obtenidos utilizando esa información. En consecuencia no es posible valorar el resultado de las intervenciones telefónicas acordadas desde el 4 de enero hasta el 18 de abril, ni tampoco los datos obtenidos como consecuencia de aquella intromisión ilegítima.

Sin embargo, es de tener en cuenta que el contenido de los teléfonos al que se accedió indebidamente es una información que tiene carácter estático, es decir, que una vez que se ha incorporado al archivo de datos de la operadora permanece inalterable. Dicho con otras palabras, cuando se accedió legítimamente a la información, tras el Auto de 18 de abril, mediante la entrega a la policía de la información obrante en poder de la operadora respectiva, su contenido era el mismo que cuando se hizo de forma ilegítima examinando el listado que aparece en la memoria del terminal. E igualmente debe valorarse que para autorizar judicialmente el examen de tales listados era razón bastante el hallazgo de los terminales en el lugar de los hechos, sin que el conocimiento de que habían recibido o efectuado algunas llamadas fuera determinante a esos efectos, pues eso es precisamente uno de los aspectos que era preciso conocer. Así se desprende del Auto de 18 de abril.

En atención a estos dos elementos, puede afirmarse que la decisión judicial mediante la que se acuerda obtener el listado de llamadas y mensajes es válida aunque se apoye exclusivamente en ese último dato, de forma que todo lo obtenido desde ese momento puede ser valorado legítimamente al no haberse logrado directa o indirectamente mediante vulneración de derecho fundamental.

En consecuencia, la prohibición de valoración afectará a todos los datos obtenidos desde el examen indebido de los listados de llamadas y mensajes hasta el 18 de abril, en que se dicta Auto acordando judicialmente tal examen. Desde ese momento, los datos obtenidos pueden ser válidamente valorados.

Por lo tanto, desde el día 18 de abril, el examen de los listados de llamadas y mensajes realizados y recibidos desde los teléfonos hallados en el lugar de los hechos, la obtención de los listados de llamadas y mensajes efectuados y recibidos desde los

teléfonos relacionados con ellos y el cruce de datos que condujeron a la identificación de algunos de los sospechosos, puede considerarse válida, pues ya se dispone de la base constituida por la necesaria autorización judicial. Y todos esos datos pueden ser utilizados por el Tribunal como elementos corroboradores de las pruebas disponibles.

3. El recurrente fue identificado como sospechoso a través de unas llamadas realizadas los días 10 y 14 de noviembre de 2005 a un establecimiento comercial, lo que permitió verificar la titularidad del teléfono utilizado según las notas de cliente obrantes en el referido establecimiento. Pero además, y fundamentalmente, aun prescindiendo del dato anterior, el coimputado John Jairo lo identifica en su declaración ante el Juez como uno de los partícipes en los hechos. Así pues, su inclusión entre los imputados no se debe únicamente a los primeros datos, sino también, y de forma independiente, a la declaración del coimputado.

El Tribunal valora como prueba de cargo su reconocimiento de su participación en los hechos realizado en su primera declaración sumarial, prestada ante el Juez de instrucción con todas las garantías. Declaración que no puede considerarse en ningún caso condicionada por los datos antes obtenidos, toda vez que de ellos no se habían obtenido elementos directamente incriminatorios, sino solo algunos datos que permitían sostener una sospecha fundada. Además, valora el Tribunal el hallazgo en su domicilio de una pulsera sustraída el día de los hechos, en la vivienda de los guardeses de la finca a la esposa del guarda, Isabel. Y, en tercer lugar, el hallazgo de restos biológicos coincidentes con su perfil en un pasamontañas y en unos guantes que fueron encontrados por un testigo en una zona próxima al chalet donde se produjeron los hechos. Elementos que, cuando menos, sirven de corroboración a la declaración del coimputado y operan como refuerzo de la veracidad de la confesión sumarial del propio recurrente.

De todo ello se desprende la existencia de prueba de cargo válida y suficiente para enervar la presunción de inocencia, por lo que el motivo se desestima.

DUODÉCIMO.- En el motivo segundo denuncia la indebida inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas.

El motivo debe ser desestimado por las mismas razones expuestas en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia de casación.

Recurso interpuesto por John Jairo

DÉCIMO TERCERO.- En el primer motivo denuncia la vulneración de los artículos 18, 120, y 24.2 de la Constitución al haberse obtenido las pruebas de cargo mediante la observación de los listados de llamadas y mensajes entrantes y salientes de los teléfonos hallados en el lugar de los hechos, sin previa autorización judicial.

1. Se dan aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico undécimo de esta sentencia de casación.

2. En cuanto a las pruebas de cargo, el recurrente reconoció en el plenario su participación. La doctrina de esta Sala ha entendido generalmente que la confesión en el plenario, cuando es prestada con todas las garantías, es independiente de previas vulneraciones de derechos fundamentales cometidas durante la instrucción, por lo que puede ser válidamente valorada como prueba de cargo.

Además, el Tribunal valora como prueba de cargo el hallazgo de restos biológicos coincidentes con el perfil del recurrente en un pasamontañas que apareció en el mismo chalet en el que ocurrieron los hechos. Y, en tercer lugar, el hallazgo de efectos sustraídos en el interior del referido chalet en la habitación que ocupaba el 9 de junio de 2006, entre ellos un reloj Rolex, del que reconoció que se había apoderado durante el robo.

En cuanto a la posesión del subfusil, el Tribunal valora su propia declaración en la que reconoció que sabía de su existencia y que se encontraba en la habitación que ocupaba, de donde se desprende su posesión y su capacidad de disposición sobre el mismo.

En consecuencia, el motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- En el segundo motivo denuncia la indebida denegación de la suspensión del juicio ante la aparición de una nueva prueba que requería una ampliación de la investigación. Se refiere el recurrente a la manifestación realizada al inicio del juicio oral a través de su letrado en el sentido de que en el interior de su cuerpo tenía alojada una bala disparada el día de los hechos en el dormitorio de la vivienda por el también acusado, víctima del delito de robo, Francisco, lo cual había ocultado hasta ese momento por temor a que resultara incriminatorio para él.

1. El planteamiento del recurrente efectuado al inicio del juicio oral no es opuesto a la lógica, pues, efectivamente, el hallazgo en su cuerpo de un proyectil disparado el día de los hechos por el también acusado y víctima del robo Francisco, era un dato relevante a los efectos de acreditar su propia participación en los hechos, y podía serlo respecto a otros aspectos. Viene además avalado por las prescripciones del artículo 746.6 de la LECrim. Desde esta perspectiva, la petición bien podía haber sido atendida por el Tribunal suspendiendo el juicio oral y procediendo a aclarar esos extremos, aunque ya en su declaración el recurrente había manifestado que al producirse el disparo en el dormitorio le pareció que le había rozado.

2. Sin embargo, el examen de la cuestión en el momento actual, una vez celebrado el juicio y dictada sentencia en la que se efectúan los pertinentes pronunciamientos acerca de la forma en la que ocurrieron los hechos y la responsabilidad de quienes intervinieron en ellos, conduce a la desestimación del motivo. En primer lugar, porque el Tribunal pudo valorar adecuadamente la declaración del recurrente en el juicio oral, en la que ya pudo exponer su versión completa de los hechos, especialmente en cuanto a la forma y momento en que se produjo el disparo y a si le alcanzó como ya

había sugerido en su declaración sumarial. En segundo lugar porque los hechos imputados al recurrente no se ven afectados por el resultado de la reacción de la víctima. A los efectos de valorar la existencia de un delito de robo, de allanamiento de morada, de lesiones y de detención ilegal, no es relevante el resultado de la reacción defensiva de la víctima ni las cuestiones relativas a si incurrió en alguna clase de exceso. En los hechos probados se describe que el intento de reaccionar cogiendo la pistola fue seguido de un forcejeo en el curso del cual uno de los asaltantes le alcanza con la navaja que portaba y la víctima efectúa un disparo. El que el disparo alcanzara a alguno de los asaltantes o no lo hiciera, no modifica la responsabilidad de aquellos por los hechos ejecutados. En tercer lugar, porque ese hecho, dado el contenido de la sentencia, tampoco afecta a la apreciación de la legítima defensa. Esta requiere un examen acerca de la legitimidad de la reacción, tanto desde la perspectiva de la necesidad de la defensa como de la necesidad racional del medio empleado. Ambos extremos han sido examinados en la sentencia, y no dependen de si el disparo efectuado en el curso del forcejeo habido entre la víctima y los asaltantes, cuya realidad se declara probada, llegó a alcanzar a alguno de aquellos o no lo hizo. Pues, aunque el recurrente sostiene que la víctima les disparó apuntando directamente, el Tribunal, tras oír las declaraciones de todos ellos, declara probado que el disparo se produjo en el curso del forcejeo. Dicho de otra forma, tal como se declaran probados los hechos, el resultado del disparo al hacer la víctima uso del arma en su defensa es irrelevante a los efectos de apreciar o no la existencia de legítima defensa. De otro lado, como se aclara en la sentencia, el hecho de que el disparo realizado en el dormitorio por el asaltado pudiera haberle alcanzado ya fue anunciado por el propio recurrente en declaraciones anteriores, por lo que la presencia del proyectil en el interior de su cuerpo no es más que un dato añadido durante el juicio a aquella posibilidad.

Finalmente, el recurrente no ocupaba la posición de acusación particular, de manera que no estaba legitimado entonces, ni lo está ahora, para argumentar válidamente respecto a la existencia o inexistencia de legítima defensa.

3. Como complemento de su argumentación respecto de la trascendencia del nuevo dato, el recurrente parte, en su argumentación, de afirmar que la sentencia reconoce que el asaltado hizo cuatro disparos, tres de los cuales impactaron en el cuerpo de José Alexander L. y uno en el cuerpo de Wilson L., lo que significaría que un quinto estaría en el cuerpo del recurrente, de donde sugiere que con la nueva prueba sería preciso rectificar el relato de hechos. Sin embargo, lo que se declara probado es que un primer disparo se efectúa en el dormitorio, apareciendo allí un casquillo y sin que, hasta entonces, se supiera donde había impactado, aunque el recurrente ya había manifestado, como se ha dicho, que podía haberle alcanzado. Y que los otros tres disparos cuya existencia ha quedado acreditada, son los que han impactado en José Alexander L., sin que se pueda saber si el que causó la muerte a Wilson L. fue disparado por el arma del asaltado o por la empleada por uno de los asaltantes, en el intercambio de disparos que se relata. Tampoco desde esta perspectiva la aclaración de que el primer disparo efectivamente alcanzó al recurrente modifica sustancialmente el relato fáctico ni las responsabilidades de los intervinientes en los hechos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- En el tercer motivo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 163.2 del Código Penal, pues entiende que las detenciones ilegales deberían haber sido absorbidas por el delito de robo.

La cuestión es sustancialmente coincidente con la resuelta en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia de casación, por lo que se dan por reproducidas las consideraciones contenidas en el mismo, de manera que el motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- En el motivo cuarto, con el mismo apoyo procesal, denuncia la indebida inaplicación de los artículos 21.6 y 21.4 del Código Penal, pues entiende que realizó actividades y manifestaciones similares a las efectuadas por el coacusado Jorge Alexander Jorge Alexander, a quien sí se aplica.

1. Deben darse por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico séptimo, apartado 1, de esta sentencia de casación, acerca de la atenuante postulada. Debe además recordarse que la jurisdicción casacional es esencialmente revisora lo que implica, de un lado, que, ordinariamente, examina aquellas cuestiones que se le plantean, y en el caso nadie cuestiona con legitimación suficiente la corrección de la apreciación de la atenuante al coacusado Jorge Alexander; y de otro lado, que le corresponde verificar la correcta aplicación de los preceptos legales, por lo que, en el caso, deberá examinar si la no aplicación de la atenuante de colaboración al recurrente supone una adecuada aplicación de la ley.

2. Desde esa perspectiva, en el caso no concurren los elementos necesarios para la apreciación de la atenuante análoga a la de confesión. El Tribunal argumenta de forma expresa, para justificar la improcedencia de la atenuante de colaboración, que el recurrente, aunque confesó los hechos en sus primeras declaraciones e incluso aportó datos identificativos de otros partícipes, en el juicio oral negó la verdad de sus imputaciones y justificó sus primeras declaraciones en la presión policial a la que dijo que había sido sometido. Precisa que, a diferencia del coacusado Jorge Alexander, ocultó la intervención de algunos partícipes y nunca colaboró respecto de la tenencia del subfusil.

Su aportación, realizada en momento temporalmente tardío, solo permitiría acudir a la atenuante analógica, que igualmente resulta improcedente, pues en las condiciones relatadas su colaboración, finalmente negada en el juicio oral, no reviste la trascendencia e importancia suficientes. No puede apreciarse que su confesión en fase sumarial suponga una colaboración relevante cuando el Tribunal tiene que acudir a otros mecanismos probatorios para acreditar los hechos a los que se refirió el recurrente en su declaración inicial, debido a la rectificación de lo declarado.

De otro lado, aun cuando pudiera considerarse que la atenuación acordada al coacusado Jorge Alexander no sería procedente, de un lado, tal decisión no puede

ahora ser modificada al no existir recurso en ese sentido, y, de otro, la igualdad no es reclamable respecto de situaciones que no están dentro de la legalidad.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En el motivo quinto se queja de la indebida inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas.

La cuestión planteada es sustancialmente idéntica a la ya resuelta en el fundamento jurídico noveno de esta sentencia de casación, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones entonces efectuadas.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- En el sexto motivo, al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, denuncia error en la apreciación de la prueba. Entiende el recurrente que el robo no puede considerarse consumado por no haberse determinado por las víctimas los efectos sustraídos, habiendo prestado declaraciones contradictorias. Se basa el recurrente en el folio 2644 de la causa en la que el Secretario hace constar la reiterada incomparecencia de los perjudicados a los efectos de practicar relación de efectos sustraídos.

1. Los requisitos que ha exigido la reiterada y bien conocida jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

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

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pueda conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la

sentencia, 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 particular 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.

2. El documento que el recurrente designa como apoyo de su pretensión de modificación del relato fáctico no es sino una diligencia extendida por el Secretario judicial de la que se desprende la incomparecencia de los perjudicados que habían sido citados para hacer una relación de los efectos sustraídos. En el caso de que se le reconocieran los efectos propios de un documento a los efectos del artículo 849.2 de la LECrim, lo que tal diligencia acredita es solo la incomparecencia y no que no se hubiera producido un apoderamiento de objetos en el curso del robo, lo cual ha estimado acreditado el Tribunal sobre la base de otras pruebas, concretamente relativas al reloj Rolex, al que se refiere la declaración judicial como imputado del propio recurrente que reconoció haberse apoderado del mismo, y a la pulsera propiedad de Isabel que fue hallada en poder del coacusado José Ignacio.

Por todo ello, el motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- En el motivo séptimo, con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim, sostiene que los hechos constituyen un solo delito de robo y no dos como se declara en la sentencia.

La cuestión planteada ha sido resuelta en el fundamento jurídico primero de esta sentencia de casación, por lo que deben darse por reproducidas las consideraciones efectuadas entonces.

En consecuencia, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- En el motivo octavo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de los artículos 566.1.1 y 567 del Código Penal, pues el Tribunal alcanza la conclusión respecto de la disponibilidad del subfusil de modo arbitrario. Y subsidiariamente, argumenta que no debería ser considerado como promotor, sino en todo caso como cooperador, lo que motivaría una disminución de la pena.

1. El Tribunal declara probado que el subfusil se encontró en un armario de la habitación que ocupaban el recurrente y José Rolando en el edificio de la calle Serrería donde entonces vivían y donde fueron detenidos junto con otras personas. En la fundamentación jurídica se argumenta que, según la prueba testifical, en la habitación en la que fue encontrada el arma estaban el recurrente, José Rolando, Sandra y un menor, y que el arma era de fácil acceso. Igualmente argumenta que en el mismo armario había documentación personal de José Rolando y efectos personales del recurrente. De todo ello es posible deducir que el recurrente conocía la existencia del arma, lo cual ha admitido, y que tenía una cierta disponibilidad sobre la misma. La

conclusión alcanzada no es contraria a las reglas de la lógica o a las máximas de experiencia.

2. En relación a la segunda cuestión, el artículo 567 considera depósito de armas de guerra la tenencia de cualquiera de dichas armas. El artículo 566.1.1 establece penas de diferente extensión según se trate de promotores o cooperadores. La jurisprudencia no es unánime, STS núm. 991/2007, en cuanto a la determinación del carácter en que actúa el autor cuando se trata de autor único, lo cual sería aplicable al caso, dado que no se explicita diferencia alguna entre ambos acusados y por lo tanto se trataría de una posesión o tenencia conjunta en igualdad de condiciones. De los hechos probados se desprende que ambos tenían la disponibilidad del arma, sin que conste dato alguno que permita establecer que actuaban para un tercero o como cooperadores o auxiliares del depósito o tenencia llevada a cabo por otro. En consecuencia, deben ser considerados promotores como máximos responsables del uso y destino del arma incautada.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En el motivo noveno, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 147 y 148.1 del Código Penal, pues considera que los hechos deben ser considerados constitutivos de una falta de lesiones, ya que solo se consigna la existencia de una primera asistencia médica, pues el tratamiento ortopédico y farmacológico no constituyen tratamiento médico y no existe sutura quirúrgica.

La cuestión planteada es sustancialmente idéntica a la resuelta en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, que deba darse aquí por reproducido. Ha de reiterarse que el tratamiento médico consiste en una conducta o cuidados impuestos por un médico como necesarios para la curación, entre los que se encuentran las curas precisas para la sanación de la herida causada con arma blanca o la inmovilización de un miembro durante el tiempo necesario para la sanidad de la lesión sufrida.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En el motivo décimo se queja de la falta de motivación de las penas impuestas en lo que se refiere a los delitos de robo.

1. Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados, a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de

criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Asimismo ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Ante la ausencia de motivación suficiente, el Tribunal debe examinar la proporcionalidad de la pena impuesta en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta o de resultar ésta desproporcionada a la gravedad de los hechos y demás circunstancias concurrentes, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva. (STS núm. 809/2008, de 26 de noviembre).

2. Respecto de las acciones constitutivas de delito de robo con intimidación, el Tribunal se refiere expresamente a la concurrencia de agravantes de disfraz y abuso de superioridad y a la pluralidad de delitos concurrentes en relación instrumental para justificar la imposición de la pena en su máximo legal. Aunque la fundamentación en este concreto aspecto pudiera considerar el recurrente que es escueta, la gravedad de la conducta ejecutada es tan evidente e indiscutible que las consideraciones efectuadas, relacionadas con el relato de hechos, es suficiente.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso de Adrián

VIGÉSIMO TERCERO.- El motivo quinto, en el que se queja de la no suspensión del juicio oral ante las revelaciones del coacusado John Jairo, es sustancialmente idéntico al resuelto en el fundamento jurídico décimo cuarto de esta sentencia de casación. El motivo sexto, relativo a la absorción de las privaciones de libertad por los delitos de robo, coincide con el resuelto en el fundamento jurídico segundo. El décimo reitera las alegaciones relativas a la validez de los datos y pruebas obtenidas a partir del examen, realizado sin autorización judicial, del contenido de la memoria de los teléfonos encontrados en el lugar de los hechos, cuestión resuelta en el fundamento jurídico undécimo de esta sentencia. El motivo séptimo insiste en la concurrencia de la atenuante analógica por dilaciones indebidas, ya examinada en el fundamento jurídico noveno. El motivo octavo plantea nuevamente la consumación del delito de robo, ya examinada en el fundamento jurídico décimo octavo. El motivo noveno se queja de la falta de motivación de las penas, ya examinada en el fundamento jurídico vigésimo segundo.

En todos los casos anteriores deben darse por reproducidas las consideraciones contenidas en los respectivos fundamentos jurídicos, desestimando, por lo tanto, todos los motivos.

En el motivo primero denuncia la vulneración de la presunción de inocencia y examina las declaraciones de los coimputados, la absolución de Fredy Hernán, que considera que debería haberse extendido al recurrente y la irregularidad de la pieza secreta de instrucción que contiene la declaración inculpatoria del coimputado Jorge Alexander.

1. Como se desprende del fundamento jurídico décimo de esta sentencia de casación, debe prescindirse de la declaración policial del coimputado Jorge Alexander como prueba de cargo. Sin embargo no es la única prueba valorada por el Tribunal de instancia. En la fundamentación jurídica se hace referencia a la primera declaración prestada ante la autoridad judicial por el coimputado John Jairo, en la que manifestó que HT, identificación que corresponde al recurrente, participó en vigilancias previas, que fue con él en una furgoneta a Canals, que llevaba una de las dos armas de fuego, que fue uno de los cinco que entró en la casa, que estuvo registrando la planta baja, que salió de la casa por la parte de atrás y que se volvieron a encontrar en un parque en Valencia.

2. Como elemento de corroboración, el Tribunal valora los datos relativos a las comunicaciones entre los teléfonos utilizados, de los que resultan que un teléfono que reconoció haber utilizado hasta poco antes de los hechos fue utilizado en la franja horaria y en la zona de los hechos para comunicarse con otro de los participantes en ellos y además que desde ese número poco después de los hechos se efectuó una llamada a otro teléfono que su compañera Lizeth había facilitado en un establecimiento como consecuencia de un envío realizado a Colombia. Tales comprobaciones constan realizadas después del 18 de abril, fecha en la que se dictó Auto acordando la aportación de los listados de llamadas de los teléfonos sospechosos encontrados en el lugar de los hechos.

Por todo ello, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO CUARTO.- En los motivos segundo y tercero, al amparo del artículo 852 de la LECrim, se queja de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en relación con las irregularidades habidas en la tramitación de la pieza secreta de la instrucción en la que consta la declaración policial del coimputado Jorge Alexander y en su valoración como prueba de cargo.

La cuestión, que es examinada con detenimiento en la sentencia reconociendo ciertas irregularidades en las decisiones relativas al secreto, carece de contenido e interés casacional desde el momento en el que hemos establecido la imposibilidad de valorar como prueba de cargo la declaración policial del coimputado Jorge Alexander.

En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

VIGÉSIMO QUINTO.- En el motivo cuarto, nuevamente invocando el artículo 852 de la LECrim, denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, pues entiende que no consta ninguna certificación acerca de la fiabilidad de las antenas

repetidoras de las operadoras de telefonía móvil para establecer la zona en la que, o desde la que, se efectúa una llamada.

El motivo debe ser desestimado, pues en el caso, la cuestión carece de relevancia, ya que los datos relativos a las citadas antenas han sido utilizados inicialmente como elemento de investigación en orden a las sospechas sobre los usuarios de determinadas líneas telefónicas, pero se trata de un dato prescindible. Posteriormente se han valorado como elementos de corroboración, pero de forma conjunta con los datos relativos a las comunicaciones entre las líneas de los acusados en momentos anteriores, simultáneos y posteriores a los hechos, por lo que igualmente resulta prescindible.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

Recurso interpuesto por Reiber

VIGÉSIMO SEXTO.- En el motivo primero denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Señala que el Tribunal se basa en la declaración policial de un coimputado que afirmó no haber estado presente en los hechos y que no fue ratificada a presencia judicial.

1. Deben darse aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico décimo de esta sentencia de casación respecto al valor probatorio de la declaración prestada en sede policial no ratificada ante la autoridad judicial. Según la conclusión allí establecida, la declaración policial no tiene valor probatorio como prueba de cargo, aunque, si ha sido válidamente prestada, es decir, con todas las garantías, su contenido puede ser utilizado como información para la investigación, y los datos objetivos contenidos en la misma, no conocidos hasta ese momento y luego verificados, pueden ser valorados como elementos indiciarios a los efectos de la realización de un juicio inferencial.

2. En el caso, el Tribunal considera prueba de cargo la declaración policial del coimputado Jorge Alexander que, como ya se ha dicho, nunca fue ratificada a presencia judicial. Entiende que esa inculpación viene corroborada por las relaciones mantenidas con Aníbal y Fredy Hernán en relación a un concesionario y porque aparece vinculado con un teléfono desde el que se realizó alguna comunicación con otros asaltantes en la franja horaria de la comisión de los hechos.

Como ya se ha dicho, no es posible corroborar una prueba de cargo que no es posible valorar como tal. Además, la identificación del recurrente como usuario de tal teléfono no pudo ser precisada al no comparecer en juicio los agentes que realizaron las gestiones, tal como se recoge en la sentencia. A ello se ha de añadir que se le vincula en primer lugar con un teléfono, el ...655, desde el que se dice que se efectuaron varias llamadas en la tarde del día 4 de enero de 2006 en la franja horaria de comisión de los hechos al número ...433, que aparecía, asociado al nombre "Dgran", registrado en la agenda del teléfono perteneciente al fallecido José Alexander L. E igualmente se

le vincula al teléfono ...280, que aparecía en la referida agenda registrado como "Neg". De estos datos no es posible obtener, más allá de toda duda, que el recurrente participó en los hechos. En este mismo sentido, menciona el Tribunal las declaraciones de los coacusados John Jairo y José Ignacio, que ha valorado como creíbles en otros aspectos, en las que ambos excluyen al recurrente del grupo de partícipes en el asalto al chalet.

Por lo tanto, la prueba de cargo resulta excesivamente débil para considerarla capaz de enervar la presunción de inocencia, dando lugar, sin embargo, a una duda razonable, lo que determina la estimación del motivo, sin que sea preciso el examen de los demás motivos del recurso.

Recurso interpuesto por José Rolando

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En el motivo primero alega la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas; en el segundo motivo se queja de la no suspensión del juicio oral ante las revelaciones efectuadas por John Jairo respecto al hecho de haber sido alcanzado por el primer disparo efectuado por el también acusado Francisco; en el motivo tercero se queja de la inaplicación de la atenuante analógica por dilaciones indebidas; en el sexto motivo alega la no consumación del delito de robo ante la falta de precisión de los objetos sustraídos; en el séptimo alega que, en todo caso, los hechos constituirían un solo delito de robo; en el motivo octavo denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 147 y 148, pues considera que los hechos solamente serían constitutivos de una falta de lesiones y además no sería autor; en el motivo noveno denuncia la indebida aplicación del artículo 566.1.1 y 567, en cuanto, en todo caso, debería ser condenado como cooperador con pena inferior. Los anteriores motivos coinciden sustancialmente con otros ya formalizados por otros recurrentes y que han obtenido respuesta en los fundamentos jurídicos undécimo, décimo cuarto, noveno, décimo octavo, primero, tercero y vigésimo, respectivamente, por lo cual se dan aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en los mismos, lo cual determina la desestimación de todos los motivos.

En los motivos cuarto y quinto denuncia la vulneración de la presunción de inocencia, tanto respecto del asalto al chalet como en relación a la posesión y disponibilidad del subfusil.

1. El Tribunal tiene en cuenta la declaración de John Jairo a presencia judicial en la fase de instrucción, en la que identificando al recurrente como JV, le atribuye participación en los hechos, diciendo que había sido el tercero en entrar en la casa de los guardeses. En la agenda del teléfono del citado coacusado aparece un teléfono asignado al nombre JV, el cual fue aportado a una guardería como número asociado al recurrente como padre de Maruen. A ello debe añadirse como dato de especial relevancia que restos biológicos de perfil coincidente con el del recurrente fueron hallados en un pasamontañas que un testigo encontró en la zona próxima al chalet, sin que haya aportado ningún dato que permitiera atribuir tal hallazgo biológico a un uso diferente de la referida prenda.

2. En cuanto a la posesión y disponibilidad del arma, ya se ha dicho con anterioridad, fundamento jurídico vigésimo, que el recurrente se encontraba y utilizaba la habitación donde fue hallado el subfusil dentro de un armario y en fáciles condiciones de accesibilidad, apareciendo en el mismo lugar efectos de su pertenencia. Como ya se dijo respecto del coacusado John Jairo, de todo ello es posible deducir que conocía la existencia del arma y que tenía una cierta disponibilidad sobre la misma.

En consecuencia, el motivo se desestima en sus dos apartados.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Elizabeth

VIGÉSIMO OCTAVO.- En el primer motivo se queja de la denegación de la suspensión solicitada tras las revelaciones efectuadas por el acusado John Jairo al inicio del juicio oral. Sostiene que ello le ha impedido probar la no concurrencia de los requisitos de la legítima defensa, y además, debilitar la credibilidad de la versión del acusado Francisco, pues aunque éste alega que disparó a efectos intimidatorios, siendo un tirador experimentado hizo cuatro disparos y todos hacen diana. Sostiene igualmente que José Alexander L. fue asesinado, pues el citado y su esposa declararon que cuando bajaron el herido gemía y sin embargo el forense afirmó que la muerte se produjo de forma inmediata tras recibir el impacto en la cabeza. Igualmente alega que Wilson L. fue alcanzado por disparos del procesado Francisco y que su fallecimiento podría haberse evitado si hubiera sido atendido a tiempo.

1. La cuestión planteada ha sido ya resuelta en el fundamento jurídico décimo cuarto de esta sentencia de casación al que cabe ahora remitirse. La acusación particular ya conocía la declaración de John Jairo respecto a la forma en que se produjo el disparo y a la posibilidad de haber sido alcanzado, e igualmente conocía la declaración del acusado Francisco sobre el primer aspecto. Tales declaraciones fueron oídas por el Tribunal y por las partes en el juicio oral. Estas últimas pudieron alegar su contenido para justificar sus conclusiones definitivas y el Tribunal pudo valorarlas como pruebas a los efectos de la construcción del relato fáctico. Y la valoración de pruebas personales no puede ser rectificada por esta Sala, que no las ha presenciado, salvo en supuestos de arbitrariedad, manifiesto error o absoluta inconsistencia, aspectos no apreciables en el caso. Como ya se ha dicho, el hecho de que al hacer el disparo el proyectil alcanzara finalmente a alguno de los asaltantes no destruye la posibilidad de que se produjera en el curso de un forcejeo, como sostiene quien disparó, o apuntando directamente como afirma el acusado John Jairo. Dicho de otra forma, el que el proyectil alcanzara a John Jairo no determina por sí solo la forma en la que se efectuó el disparo. Y, por lo tanto, la cuestión podía resolverse correctamente sin necesidad de ese dato, por lo que no se aprecia la indefensión alegada.

2. En cuanto a los demás aspectos del motivo, carecen de relación con la suspensión del juicio ante la declaración del acusado John Jairo, pues las acciones relacionadas con los disparos que alcanzaron a los dos fallecidos son posteriores al incidente en el que intervino aquél y en nada se relacionan con el hecho de que el primer disparo le

alcanzara o no. Por lo tanto, la suspensión solicitada nada tenía que ver con esos aspectos de los hechos enjuiciados.

Por todo ello, el motivo se desestima.

VIGÉSIMO NOVENO.- En el motivo segundo denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba en cuanto el Tribunal ha apreciado la eximente completa de legítima defensa. En el desarrollo del motivo se refiere a toda la prueba practicada en el juicio oral, al derecho a la doble instancia y lo que tal derecho conlleva en relación a la revisión de las pruebas practicadas y a la motivación de las resoluciones judiciales, considerando vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al no existir motivación respecto de la apreciación de la eximente cuando entiende que existen pruebas que demuestran su inexistencia.

En el tercer motivo, con apoyo en el artículo 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación de la eximente de legítima defensa, remitiéndose al contenido del motivo segundo.

1. En primer lugar, ha de recordarse que el motivo por error en la apreciación de la prueba no permite una revaloración del conjunto de la prueba practicada en la instancia, sino solamente rectificar un error del Tribunal al declarar o al omitir declarar probado un hecho relevante para el fallo, respecto del que no existan otras pruebas y cuya existencia o inexistencia resulte de forma incontrovertible del particular de un documento unido a la causa. En ese sentido, el motivo debe ser desestimado.

2. En cuanto al derecho a la doble instancia, el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se refiere textualmente a una segunda instancia en sentido estricto, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley, precisión esta última que permite una cierta flexibilidad en la aplicación de la citada previsión en los distintos sistemas jurídicos, tal como ha sido reconocido por el TEDH en la resolución de 30 de mayo de 2000, al señalar que los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y pueden restringir su extensión.

De todos modos, no es un derecho reconocido a las acusaciones, sino a toda persona declarada culpable de un delito, por lo que la queja no puede ser atendida.

3. En cuanto a la alegación relativa a la tutela judicial efectiva, tal derecho incluye el de obtener una resolución fundada, lo que no supone que sea estimatoria de las pretensiones de quien alega. En el caso, la mera lectura de la sentencia permite comprobar que el Tribunal ha valorado las pruebas disponibles de forma expresa y ordenada, alcanzando la conclusión que se razona respecto a la concurrencia de la legítima defensa, dadas las características de los hechos enjuiciados.

Por todo ello, ambos motivos se desestiman en sus distintas alegaciones.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los recursos de Casación interpuestos por la representaciones procesales de los acusados Aníbal y Reiber, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, con fecha 20 de abril de 2.010, en causa seguida contra los mismos y otros diez más, por delito de robo con violencia e intimidación y otros. Declarándose de oficio las costas correspondientes a los presentes recursos.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de Casación interpuestos por las representaciones procesales de los acusados Jorge Alexander, José Ignacio, Adrián, John Jairo y José Rolando, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, en fecha 20 de abril de 2.010, en causa seguida contra ellos y otros siete más, por delito de robo con violencia e intimidación y otros.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de la acusación particular Elizabeth, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, en fecha 20 de abril de 2.010, en causa seguida contra ellos y otros siete más, por delito de robo con violencia e intimidación y otros.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

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

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo de Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Alberto Jorge Barreiro.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil once.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por Aníbal, Jorge Alexander, José Ignacio, John Jairo, Reiber, José Rolando, Elizabeth y Adrian, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda, con fecha

veinte de abril de dos mil diez, en causa seguida contra Jorge Alexander, pasaporte ..., nacido en Medellín (Colombia), el 14 de mayo de 1978, hijo de Gilberto y de Blanca; José Ignacio, con NIE X-...-A, nacido en Medellín, Colombia, el 1 de abril de 1981; John Jairo, nacido en Cali, Colombia, el 18 de enero de 1971, hijo de Luis y de Gloria; José Rolando, con NIE X-...-Z, nacido en Jocotán Chiquimula, Guatemala, el 9 de septiembre de 1980, hijo de Antonio y María Erlinda; Fredy Hernán, con DNI X-...-F, nacido en Guaduas, Colombia, el 7 de julio de 1969, hijo de Alberto y de Irma; Aníbal, con NIE X-...-V, nacido en Medellín, Colombia, el 4 de agosto de 1962, hijo de José Aníbal y M^a Josefa; Adrián, con pasaporte núm. ...512, nacido en Cali, Colombia, el 21 de marzo de 1977, hijo de Miguel Antonio y Carmen Rosa; Reiber, con NIE X-...-K, nacido en Cali, Colombia, el 30 de julio de 1959, hijo de Viviano y de Lucía; César, con NIE X-...-E, nacido en Cali (Colombia), el 9 de mayo de 1980, hijo de Edgar y Dani; José Antonio, con DNI núm. ...-Z, nacido en Torrente, Valencia, el 16 de febrero de 1965; Lizeth, con pasaporte CC ..., nacido en Cali Valle, Colombia, el 6 de mayo de 1978, hija de Julio César y Elizabeth; y Francisco, con DNI núm. ... -C, nacido en Fernán Núñez, Córdoba, el 27 de abril de 1952, hijo de Cristóbal y de Mariana; y una vez declarado concluso el mismo, lo elevó a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2^a, rollo 119/2009) que, con fecha veinte de abril de dos mil diez, dictó sentencia condenando a:

A. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo y Reiber como autores de un delito de Robo con violencia e intimidación de los arts. 237 y 242.1 CP, concurriendo las agravantes de disfraz y abuso de superioridad del art. 22.2 CP, en concurso medial con un delito de allanamiento de morada del art. 202.1 CP y un delito de detención ilegal del art. 163.2 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; también condenando a Jorge Alexander como autor de dichos delitos, concurriendo en él la atenuante analógica de confesión de los arts. 21.6 y 21.4 del Código Penal, a cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; asimismo, imponemos a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y a Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también imponiendo las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

B. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo y Reiber como autores de un delito de Robo con violencia e intimidación y uso de armas de los arts. 237 y 242.1 y 2 CP, concurriendo la agravante de disfraz del art. 22.2 CP, en concurso medial con un delito de allanamiento de morada del art. 202.1 CP y dos delitos de detención ilegal del art. 163.2 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

También condenando a Jorge Alexander como autor de dichos delitos, concurriendo en él la atenuante analógica de confesión de los arts. 21.6 y 21.4 del Código Penal, a

cuatro años y ocho meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Asimismo, imponiendo a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y a Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también imponiendo las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

C. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander -concurriendo en éste la atenuante analógica de confesión de la infracción de los arts. 21.6 y 21.4 CP- como autores de un delito de lesiones de los arts. 147.1 y 148.1 CP, a sendas penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.- Asimismo, imponiendo a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, como penas accesorias, las prohibiciones de aproximarse a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, a sus respectivos domicilios y a sus respectivos lugares de trabajo; también les imponemos las prohibiciones de comunicar con Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, así como el contacto escrito, verbal o visual. Dichas penas accesorias tendrán una duración superior en dos años a la de las respectivas penas de prisión impuestas.

D. A John Jairo y José Ronaldo, como autores de un delito de depósito de arma de guerra, en su condición de promotores del depósito, de los arts. 566.1.1 y 567 CP, a sendas penas de cinco años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

E. A José Antonio, como autor de un delito de tenencia ilícita de arma de fuego del art. 564.1.1 del Código Penal, a un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

F. Asimismo, condenando

1) A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, por partes iguales, al pago de ocho decimoquintas partes -8/15 partes- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas generadas a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

2) A John Jairo y José Rolando, al pago, por partes iguales, de una decimoquinta parte -1/15 parte- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas que se le han generado a la representación procesal de Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

3) A José Antonio al pago de una decimoquinta parte -1/15 parte- de las costas procesales, incluidas, en dicha proporción, las costas que se le han generado a la representación procesal de Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, por intervenir en calidad de acusación particular.

G. Condenando a José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber y Jorge Alexander, a pagar conjunta y solidariamente 11.538,80 euros -once mil quinientos treinta y ocho euros y ochenta céntimos- a Francisco, más los intereses legales del art. 576 de la L.E.Civil.

H. Decretando el comiso del subfusil, la pistola de aire comprimido, la pistola Star, las dos navajas, los teléfonos y tarjetas utilizadas en la comisión de los hechos y los pasamontañas, bragas, cartuchos, proyectiles y casquillos intervenidos. En relación a los documentos -pasaportes, cédulas de identidad-, procederá, en aplicación de lo previsto en el art. 635 de la L.e .crim., la entrega a sus legítimos titulares.

En el caso de los documentos que están a nombre de Adrián y Lizeth -y Héctor José y Yamileth-, se hará entrega de los mismos en función del resultado que ofrezca la previa comprobación policial de cuáles son sus verdaderas identidades. El dinero intervenido se aplicará al pago de las responsabilidades pecuniarias, a salvo aquéllas cantidades que pertenecieran a personas que no han resultado condenadas.

1. En el caso de John Jairo y José Rolando, por aplicación del art. 76.1 del CP, el máximo de cumplimiento se fija en quince años de prisión.

2. Absolviendo A. A Fredy Hernán, César y José Antonio, de los delitos de robo con violencia e intimidación, tentativa de homicidio o lesiones, detención ilegal y allanamiento de morada, de los que venían acusados.

B. A Adrián y a Lizeth de los delitos de depósito de armas de guerra y falsedad documental de los que venían acusados.

C. A José Ignacio, Aníbal, Adrián, John Jairo, José Ronaldo, Reiber, Jorge Alexander, Fredy Hernán y César, del delito de tenencia ilícita de arma del que venían acusados.

D. A Francisco, de los delitos de homicidio y asesinato de los que venía acusado, por ser el mismo autor de un sólo delito de homicidio del art. 138 CP y concurrir en él la eximente completa de legítima defensa del art. 20.4 CP.

Declarándose de oficio, cinco decimoquintas partes de las costas -5/15 partes-, con la salvedad de que se condena a Francisco, Beatriz, María Isabel y Ramón, como acusadores particulares, a pagar conjunta y solidariamente la mitad de las costas procesales que ha atendido Lizeth por su intervención como acusada en juicio; y una vez declarado concluso el mismo, lo elevó a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª, rollo 119/2009) que, con fecha veinte de abril de dos mil diez, dictó sentencia condenando a D. Carlos Matías como autor responsable de un delito de

tráfico de drogas en su modalidad de sustancia que causa grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia, previsto y penado en los arts. 368 y 369.6 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años y 6 meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y multa de 387.450,61 euros. Igualmente, al pago de las costas causadas. Decretándose asimismo el comiso de droga intervenida en la forma recogida en la fundamentación jurídica de esta resolución. Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por los acusados y una de las acusaciones particulares, y que ha sido casada y anulada parcialmente por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver de todos los delitos por los que venían condenados a los acusados Aníbal y Reiber.

PARTE DISPOSITIVA

Fallamos: Debemos absolver y absolvemos a los acusados Aníbal y Reiber de todos los delitos por los que venían condenados, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ellos.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia impugnada no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Adolfo de Prego de Oliver y Tolivar.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Alberto Jorge Barreiro.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.