



Roj: **STS 1877/2021 - ECLI:ES:TS:2021:1877**

Id Cendoj: **28079120012021100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/05/2021**

Nº de Recurso: **10349/2020**

Nº de Resolución: **412/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 412/2021

Fecha de sentencia: 13/05/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10349/2020 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10349/2020 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 412/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 13 de mayo de 2021.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional interpuestos por la representación legal de los condenados **Felicísima , Herminio , Hugo , Ismael y Joaquín** , contra la sentencia nº 34/2020, dictada el 5 de junio, por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Apelación 28/2020, en el que se desestiman los recursos de apelación interpuestos por los más arriba mencionados y otro contra la sentencia nº 25/2020, dictada el 13 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única, en el PA 406/2019, seguida por delitos de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia e intimidación, lesiones, quebrantamiento de condena y subsidiariamente receptación y pertenencia a grupo criminal.

Han sido partes en el presente procedimiento el **MINISTERIO FISCAL** y los acusados, **Felicísima** , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Pulgar Jimeno y bajo la dirección técnica del letrado don José María Gómez Rodríguez, Herminio , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Abellán Albertos, y defendido por la Letrada doña María Macarena Valera Sánchez, Hugo , representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Abellán Albertos y bajo la dirección técnica de don Guillermo Bendicho González, Ismael , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Rufo Chocano y defendido por el letrado don Rafael Pérez de Muñoz Lezcano y **Joaquín** , representado por el Procurador de los Tribunales don Miguel Lozano Sánchez y bajo la dirección técnica de doña Olga Oseira Abril.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Monzón incoó PA núm. 427/2017, por delitos de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia e intimidación, lesiones, quebrantamiento de condena y subsidiariamente receptación y pertenencia a grupo criminal contra los más arriba reseñados. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca que incoó PA núm. 406/2019 y con fecha 13 de febrero de 2020, dictó sentencia número 25, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la apreciación crítica de la prueba practicada, resultan probados, y como tales se declaran, los siguientes hechos:

A.- Entre los meses de mayo de 2017 y marzo de 2018, varios individuos, actuando con el propósito de procurarse un beneficio patrimonial, realizaron una serie de actuaciones consistentes en la sustracción de los objetos de valor; que sustancialmente eran dinero en efectivo y joyas, así como en ocasiones vehículos a motor, que pudieran encontrar en viviendas del tipo chalés o, adosados, sitas en urbanizaciones o lugares apartados de los núcleos de la población y en ocasiones próximas a vías de circulación interurbanas a fin de conseguir una mayor rapidez en la fuga. Los asaltantes, que accedían al interior de las viviendas en la franja horaria que abarcaba la tarde y la noche en la creencia de que los moradores normalmente no se encontraban en sus respectivas viviendas en ese momento, ejecutaban los hechos a través de un patrón denominado *silencioso*, consistente en la fractura de ventanas o puertas laterales de las viviendas, o bien de la puerta principal, mediante empleo de objetos contundentes del tipo desencofradores, destornilladores u otras herramientas, intentando que sus acciones no fueran advertidas por los moradores o por terceras personas.

Para ello, estos individuos coordinaban sus acciones, distribuyéndose las tareas consistentes en vigilancia y entrada en viviendas, así como conducción de los vehículos con los que se desplazaban, que en ocasiones habían sido sustraídos en acciones anteriores y que otras veces les habían prestado terceras personas de su entorno, y manteniendo comunicaciones telefónicas entre ellos durante la ejecución de los hechos, en el transcurso de la cual solían emplear prendas de color negro y se cubrían la cabeza o el rostro para dificultar su identificación.

B.- En varios de estos hechos participó, como después se dirá, el acusado Joaquín , mayor de edad y mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, de nacionalidad albanesa y en situación irregular en España, quien había sido condenado por Sentencia firme con fecha 18 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal nº Dos de Lérida (P.A. 255/2016), como autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada, previsto en el artículo 241 del Código Penal, a la pena de dos años y seis meses de prisión, y como autor de un delito de pertenencia a organización criminal, previsto en el artículo 570 bis del Código Penal, a la pena de tres meses de prisión, habiéndose sustituido el cumplimiento de la mitad de las penas por la expulsión del país durante cinco años, expulsión que tuvo lugar en fecha 15 de marzo de 2017 y que por tanto se extendía hasta marzo de 2022 (Ejecutoria número 374/2016 del Juzgado de lo Penal NO Dos de Lérida), pese a lo cual, y teniendo pleno conocimiento de la prohibición que tenía de volver a España hasta transcurridos esos cinco años, el acusado regresó clandestinamente a territorio español poco después de haber tenido lugar dicha expulsión.



C.- El día 24 de agosto de 2017, sobre las 22:05 horas, los acusados Joaquín y Felicísima, este último, al igual que el anterior" mayor de edad y mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, de nacionalidad albanesa y en situación irregular en España, trataron de acceder a la vivienda perteneciente a Jose Francisco, sita en el no NUM000 del Carrer DIRECCION000 de la localidad de Solsona (Lleida), forzando una ventana de una habitación, y fueron sorprendidos por el Sr. Jose Francisco, el cual fue agredido por los dos acusados, quienes se valieron para ello de una pata de cabra y de unas maderas, marchándose seguidamente aquéllos, sin haber llegado a apoderarse de ningún efecto, a bordo del vehículo MERCEDES E220 CDI con matrículaKGQ, que había sido sustraído dos días antes en la localidad de Monzón. Los acusados causaron diversos desperfectos en la vivienda, siendo indemnizado por este concepto el Sr. Jose Francisco en la cantidad de mil ochenta y tres euros y veintitrés céntimos (1.083,23) por la Compañía SEGURCAIXA S.A., la cual reclama la indemnización que pudiere corresponderle por estos hechos.

A consecuencia de la agresión, el Sr. Jose Francisco sufrió herida de bordes anfractuosos en región parietal de unos diez centímetros de longitud y herida cortante de bordes anfractuosos de unos cuatro centímetros de longitud a nivel de mandíbula derecha, requiriendo para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico consistente en sutura y posterior retirada de los puntos y tratamiento farmacológico, tardando en sanar cincuenta y nueve días improductivos y restándole las siguientes secuelas: perjuicio estético ligero consistente en cicatriz lineal de cuatro centímetros en zona mandibular derecha y perjuicio estético ligero consistente en cicatriz lineal de seis centímetros con relieve en zona parietal derecha anterior tapada por el pelo, reclamando el Sr. Jose Francisco la indemnización que pudiere corresponderle por sus menoscabos físicos (hecho 26 del escrito de acusación).

D.- Asimismo, sobre las 23:10 horas de ese mismo día 24 de agosto de 2017, los dos mencionados acusados accedieron al domicilio de Jacinto, sito en el no NUM001 del Carrer DIRECCION001 de la localidad de Tárrega (Lleida), saltando para ello el muro que cercaba la vivienda, y fueron sorprendidos por el Sr. Jacinto, a quien uno de los asaltantes amedrentó exhibiendo la pata de cabra que portaba consigo, aunque no llegó a agredir al Sr. Jacinto. Los acusados, que ni causaron desperfectos ni sustrajeron efecto alguno, se dieron a la fuga a bordo del vehículo con el que habían llegado hasta allí, que era el MERCEDES E220 CDI con matrículaKGQ que ya se había utilizado en el hecho anterior. El Sr. Jacinto renunció a cualquier tipo de indemnización (hecho 27 del escrito de acusación).

E.- Sobre las 19:30 horas del día 17 de noviembre de 2017, el acusado Felicísima, en compañía de otros individuos que no han podido ser identificados, accedió al interior de la vivienda de Urbano, sita en el no NUM002 de la CALLE000 de Almudáfar (Huesca) tras forzar una ventana del garaje, causando desperfectos valorados en cien (100) euros y setecientos cincuenta (750) euros. Asimismo, estos individuos sustrajeron joyas y diversos efectos, de los que se recuperaron un teléfono móvil y un anorak, habiéndose valorado pericialmente los efectos y joyas no recuperados en la cantidad de setecientos veinte (720) euros. La Compañía RGA SEGUROS GENERALES RURAL indemnizó al Sr. Urbano en la cantidad de setecientos (700) euros, no habiendo renunciado expresamente la aseguradora a la indemnización que pudiere corresponderle. Por su parte, el Sr. Urbano no reclama la indemnización de daños y perjuicios que pudiere corresponderle a él (hecho 52 del escrito de acusación).

F.- El acusado Ismael; mayor de edad y de nacionalidad española, que vivía en el número NUM003 de la AVENIDA000 de la ciudad de Lleida, en donde en otro momento habían residido también Joaquín y Felicísima, y el también acusado Herminio, de nacionalidad albanesa y en situación irregular en España, que desde fecha reciente residía también en el citado domicilio, cometieron junto con Joaquín los hechos que a continuación se relacionan.

1) Sobre las 22:40 horas del día 26 de marzo de 2018, Joaquín, Herminio y Ismael se desplazaron desde el domicilio de la AVENIDA000 a la segunda residencia de Bienvenido, sita en Carretera no NUM004 de la localidad de Vinaixa (Lleida), a cuyo interior pudieron acceder forzando una ventana de la parte trasera de la vivienda, y sustrajeron de su interior un audifono marca GAES valorado pericialmente en la cantidad de cinco mil quinientos ochenta (5.580) euros. La tasación pericial de los desperfectos no ha sido remitida hasta la fecha, mientras que el Sr. Bienvenido ha renunciado a la indemnización que pudiere corresponderle al haber sido indemnizado por la aseguradora ALLIANZ, que expresamente reclama por importe de cinco mil quinientos ochenta (5.580) euros (hecho 69 del escrito de acusación).

2) Entre las 13:00 horas y las 22:15 horas del mismo día 26 de marzo de 2018, los tres mencionados acusados se dirigieron al domicilio de Paulino, sito en el no NUM005 del Carrer DIRECCION002 de Vinaixa (Lleida), a cuyo interior accedieron forzando la ventana de la terraza del NUM006 piso causando desperfectos valorados pericialmente en la cantidad de doscientos cincuenta (250) euros, y una vez en su interior sustrajeron relojes y joyas valorados pericialmente en la cantidad de seiscientos (600) euros, reclamando el Sr. Paulino la



indemnización que pudiera corresponderle por los daños y perjuicios sufridos (hecho NUM003 del escrito de acusación).

3) Entre las 20:00 horas del día 28 de marzo de 2018 y las 10:00 horas del día 29 de marzo de 2018, los tres acusados se dirigieron al domicilio de Marí Jose sito en Partida DIRECCION003 NUM007 de la localidad de Almenar (Lleida), a cuyo interior accedieron forzando la puerta del garaje, y sustrajeron el vehículo BMW XI SDRIVE 18D con matrículaRDQ , cuya llave encontraron en el interior del cajón del coche, siendo dicho vehículo finalmente recuperado, aunque presentaba desperfectos valorados pericialmente en la cantidad de quinientos cuarenta y seis euros y noventa y dos céntimos (546,92), por los que la Sra. Marí Jose reclama expresamente, no así por los causados en la vivienda (hecho 71 del escrito de acusación).

4) Entre las 13:00 horas del día 30 de marzo y las 00:30 horas del día 31 de marzo de 2018, los tres acusados se dirigieron al domicilio de Lázaro , sito en el no NUM008 de la CALLE001 de Linyola (Lleida), a cuyo interior accedieron forzando una ventana de la parte posterior de la vivienda, causando desperfectos pericialmente valorados en la cantidad de doscientos diez (210) euros, y sustrajeron joyas, relojes y monedas antiguas, todo ello valorado pericialmente en la cantidad de mil setecientos cincuenta (1.750) euros y mil sesenta (1.060) euros en efectivo. El Sr. Lázaro , que recuperó un colgante con el nombre de DIRECCION004 y dos monedas de cobre, objetos valorados pericialmente en la cantidad de 20 y 40 euros respectivamente y que fueron hallados durante uno de los registros domiciliarios efectuados días más tarde, reclama la indemnización que pudiere corresponderle por los daños y perjuicios sufridos a pesar de haber sido indemnizado por su compañía aseguradora SEGURCAIXA, que no ha renunciado expresamente a la indemnización que pudiere corresponderle (hecho 72 del escrito de acusación).

5) Entre las 09:00 horas del día 30 de marzo y las 08:00 horas del día 31 de marzo de 2018, los tres acusados se dirigieron al domicilio de Adrian , sito en el no NUM009 de la CALLE002 de Linyola (Lleida), al que accedieron forzando la puerta de entrada de su vivienda, causando daños pericialmente tasados en mil ochocientos diecinueve euros y veintiséis céntimos (1.819,26), y una vez en su interior sustrajeron cuatrocientos (400) euros en efectivo, así como joyas y relojes valorados pericialmente en la cantidad de dos mil trescientos cincuenta (2.350) euros y material informático valorado pericialmente en la cantidad de ochocientos cincuenta (850) euros. El Sr. Adrian reclama la indemnización que pudiere corresponderle por los daños y perjuicios sufridos (hecho 73 del escrito de acusación).

6) Finalmente, los tres mencionados acusados, acompañados en esta ocasión del también acusado Hugo , de nacionalidad albanesa y en situación irregular en España, que en ese momento convivía con Ismael y Herminio en el domicilio sito en el no NUM003 de la AVENIDA000 , se dirigieron al domicilio de la Sra. Josefa , sito en el número NUM010 de la AVENIDA001 de la localidad de Guissona (Lleida), al que accedieron saltando una valla exterior de unos dos metros de altura y rompiendo el cristal de una ventana, y una vez en su interior sustrajeron varias joyas y unos bolígrafos, uno de ellos grabado con el nombre de propietaria, así como una moneda plateada de doscientas pesetas, siendo recuperados los dos efectos últimamente mencionados. La Sra. Josefa reclama ser indemnizada por este hecho (hecho 74 del escrito de acusación).

G.- No ha quedado probada la participación de ninguno de los acusados en el resto de los hechos relacionados y numerados en el escrito de acusación, si bien los ya referidos Joaquín , Felicísima , Herminio y Ismael , así como el también acusado Leovigildo , mayor de edad y de nacionalidad albanesa, se encontraban entre los individuos a los que se ha mencionado en el hecho probado A.

H.- Con fecha 4 de abril de 2018, el Juzgado de Instrucción Nº Dos de Monzón dictó varios Autos de entrada y registro con relación al último domicilio estable del acusado Joaquín , sito en el número NUM011 del Carrer DIRECCION005 de la localidad de Lleida, y al domicilio del acusado Leovigildo , sito en el número NUM009 de la CALLE003 de la localidad de Reus (Tarragona), así como al tan citado domicilio sito en el número NUM003 de la AVENIDA000 de Lleida, en donde en aquel momento convivían Ismael , Herminio y Hugo , hallándose en este último domicilio varios de los efectos sustraídos en los hechos anteriormente relatados. El día 5 de abril de 2018 se procedió a la detención de los cinco acusados referidos. Felicísima , que en el momento de producirse los registros se hallaba todavía en el extranjero, fue constituido en prisión provisional el día 6 de septiembre de 2018".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"1.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Joaquín , ya circunstanciado,

a) como autor de dos delitos de robo con violencia en casa habitada y con uso de armas ejecutados en grado de tentativa, ya definidos, concurriendo para los dos delitos la circunstancia agravante de reincidencia, a dos penas de tres años de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,



b) como autor de un delito de lesiones causadas con instrumento peligroso, asimismo definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con igual accesoria,

c) como autor de un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada ejecutado por individuos pertenecientes a grupo criminal, también definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de cinco años de prisión, con igual accesoria,

d) y como autor de un delito de quebrantamiento de condena, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de veinte meses con cuota diaria de seis euros, así como al pago de cinco treceavas partes de las costas sin inclusión de las correspondientes a las actoras civiles.

2.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Felicísima , ya circunstanciado,

a) como autor de dos delitos de robo con violencia en casa habitada y con uso de armas ejecutados en grado de tentativa, ya definidos, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a dos penas de dos años y tres meses de prisión, en ambos casos con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,

b) como autor de un delito de lesiones causadas con instrumento peligroso, asimismo definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con igual accesoria,

c) y como autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada ejecutado por individuos pertenecientes a grupo criminal, también definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión, con igual accesoria, así como al pago de cuatro treceavas partes de las costas sin inclusión de las correspondientes a las actoras civiles.

3.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Herminio , ya circunstanciado, como autor de un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada ejecutado por individuos pertenecientes a grupo criminal, también definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia, a la pena de *cinco años de prisión*, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una treceava parte de las costas.

4.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Hugo , ya circunstanciado, como autor de un delito de robo con fuerza en casa habitada, también definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de *dos años y seis meses de prisión*, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una treceava parte de las costas.

5.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Ismael , ya circunstanciado, como autor por cooperación necesaria de un delito continuado de robo con fuerza en casa habitada ejecutado por individuos pertenecientes a grupo criminal, también definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de *tres años de prisión*, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una treceava parte de las costas.

6.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Leovigildo , ya circunstanciado, como autor de un delito de pertenencia a grupo criminal, también definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un *año de prisión*, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de una treceava parte de las costas.

Con relación a los acusados Joaquín , Felicísima , Herminio y Hugo se acuerda la sustitución de la ejecución de sus respectivas penas de prisión por la expulsión del territorio nacional una vez que hayan cumplido la mitad de dichas penas, haciéndoles saber asimismo que se les prohíbe regresar a España durante los diez años siguientes al momento en que se lleve a cabo su respectiva expulsión con apercibimiento de que, en caso contrario, podrían cometer un delito de quebrantamiento de condena.

En concepto de *responsabilidad civil*,

A.- Los acusados Joaquín y Felicísima deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Compañía SEGURCAIXA ADESLAS en la cantidad de mil ochenta y tres euros y veintitrés céntimos (1.083,23) y a Jose Francisco en las cantidades de mil ochocientos treinta y cinco (1.835) euros por los días no improductivos y de mil quinientos (1.500) euros por las secuelas estéticas.



B.- El acusado Felicísima indemnizará a la Compañía RGA SEGUROS GENERALES RURAL en la cantidad de setecientos (700) euros por la indemnización abonada a Urbano por los hechos acaecidos en su vivienda.

C.- Los acusados Joaquín , Herminio y Ismael deberán indemnizar conjunta y solidariamente en el siguiente

- A la aseguradora ALLIANZ que expresamente reclama por importe de cinco mil quinientos ochenta (5.580) euros por la indemnización abonada a Bienvenido por los hechos acaecidos en su domicilio.

- A Paulino en la cuantía de ochocientos cincuenta (850) euros.

- A Marí Jose en la cantidad de quinientos cuarenta y seis euros y noventa y dos céntimos (546,92).

- A Lázaro en la cuantía que se determinen los perjuicios causados no indemnizados y a la compañía aseguradora SEGURCAIXA en la cuantía de tres mil veinte (3.020) euros.

- A Adrian) en la cuantía de cinco mil cuatrocientos diecinueve (5.419) euros.

D.- Los acusados Joaquín , Herminio y Ismael , junto con el acusado Hugo , deberán indemnizar conjunta y solidariamente a Josefa en la cantidad que, en su caso, se determine en fase de ejecución por los efectos sustraídos y no recuperados.

Para el cumplimiento, en su caso, de las penas privativas de libertad impuestas en esta resolución, abónese en su día el tiempo durante el cual hayan estado los acusados ahora condenados provisionalmente privados de libertad por esta causa, si no les hubiere sido computado en otra Ejecutoria.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos medios de impugnación consideren legalmente procedentes, contra esta resolución puede haber, en su caso, recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón conforme al artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 41/2015 para los procedimientos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, cual es el caso. Dicho recurso de apelación se regirá por lo dispuesto en los arts. 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en su caso, deberá ser interpuesto ante esta misma Audiencia Provincial dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta resolución

Así juzgando definitivamente en la Primera Instancia por esta Sentencia lo pronunciamos, ordenamos y firmamos".

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, las representaciones procesales de Felicísima , Herminio , Hugo , Ismael y Joaquín y Leovigildo interponen sendos recursos de apelación con base en los motivos expuestos en sus escritos ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, en el Rollo de Apelación 28/2020.

En fecha 5 de junio de 2020, dictó sentencia nº 34, que contiene el siguiente pronunciamiento:

"Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de Joaquín , Felicísima , Ismael , Herminio , Hugo y Leovigildo contra la sentencia dictada en rollo de procedimiento abreviado núm. 406/2019, el día 13 de febrero de 2020, por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca; resolución que se confirma íntegramente.

Segundo.- Declarar de oficio las costas causadas en el recurso de apelación.

Notifíquese la presente con indicación a las partes de que no es firme y que contra la misma cabe recurso de casación de conformidad con el artículo 847 de la LECrim, cuya preparación debe solicitarse dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, a tenor de los artículos 855 y 856 de la referida Ley.

Firme que sea esta sentencia, devuélvase al órgano de su procedencia con testimonio de la misma.

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

CUARTO.- Contra la anterior sentencia, las representaciones procesales de los condenados Felicísima , Herminio , Hugo , Ismael y Joaquín , anunciaron su propósito de interponer recursos de casación por infracción de ley y por vulneración de precepto constitucional, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso de casación formalizado por Felicísima , se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 de la LOPJ, en relación con los arts. 24.1 y 24.2 de la CE., por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías y a la defensa. Todos ellos en relación con el artículo 242 del CP.



Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 148.1º y 242.3º del CP. Alega falta de descripción del instrumento peligroso.

Motivo tercero.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 242.3 del CP. Se queja de que ha habido vulneración del principio del ne bis in idem.

Motivo cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 de la LOPJ, en relación con los arts. 24.1 y 24.2 de la CE. En este motivo se cuestiona la participación del aquí recurrente, Felicísima en el delito de robo con intimidación.

Motivo quinto.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 242 del CP, o subsidiariamente indebida aplicación del art. 242.4 del mismo texto legal.

Motivo sexto.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo del art. 849.2º de la LECrim., por error en la apreciación de la prueba, en concreto del estudio antropométrico, folio 1464, tomo IV.

Motivo séptimo.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida del art. 241.4 del CP. en relación con el art. 235.1.9º del mismo texto legal, se cuestiona la pertenencia a grupo criminal.

Motivo octavo.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 16 y 62 del CP.

Motivo noveno.- Por infracción de ley y de doctrina legal, al amparo del art. 849.1º de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 66 y 72 del CP.

El recurso de casación formalizado por Herminio , se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 de la LOPJ y en relación con el art. 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la CE..

Motivo segundo.- Por infracción de ley, conforme al art. 849 de la LECrim.. Manifiesta la parte recurrente que este motivo es continuación del primero y lo enuncia en dos apartados: A) por aplicación indebida de los arts. 237, 238, 241.2, 3 y 4 en relación con el art. 235.1. 9º del CP. y B) por error en la apreciación de la prueba.

El recurso de casación formalizado por Hugo , se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional conforme al art. 5.4 de la LOPJ, en relación con el art. 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia recogido en el art. 24.2 de la CE..

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1º de la LECrim. y 238 del CP. Se queja de ausencia de culpabilidad y defectuosa construcción de la "cadena indiciaria".

El recurso de casación formalizado por Ismael , se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ, en relación con el art. 862 (sic) de la LECrim., aunque en realidad se refiere al art. 852 de la LECrim.. Alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia e infracción del art. 24.2 de la CE..

Motivo segundo.- La representación de la parte quejosa interpone este motivo al amparo de los arts. 849.1º y 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración de preceptos constitucionales: tutela judicial efectiva y presunción de inocencia, recogidos en el art. 24.1 y 2 de la CE..

El recurso de casación formalizado por Joaquín , se basó en los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim.. Alega la vulneración de los siguientes derechos fundamentales: presunción de inocencia, derecho de defensa, proceso con todas las garantías, tutela judicial efectiva, derecho a no confesarse culpable, principio de legalidad y de seguridad jurídica, arts. 24 y 9.3 de la CE..

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim. por indebida aplicación de los artículos 27 y 28 del CP en relación con los artículos 237, 238, 241.2, 3 y 4 en relación con el art. 235.1.9º del Código Penal, así como en relación también con los arts. 74, 1 y 2, 16.1 y 62, 242.1, 2 y 3, 147.1 y 148.1 y 73. Todos ellos del Código Penal.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 66.6º y 74 del CP. Se queja de las penas impuestas que, a su parecer, resultaron indebidamente individualizadas.



SEXTO.- Por Diligencia de ordenación de 13 de enero de 2021 se da traslado para instrucción, por término de diez días, al Ministerio Fiscal y a los Procuradores personados de los respectivos recursos presentados. Las partes recurrentes solicitan de este Alto Tribunal se admitan y estimen los recursos interpuestos. La representación del condenado Herminio solicita la adhesión a los mismos en cuanto a posibles efectos extensivos y beneficiosos para su representado.

SÉPTIMO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** de los recursos interpuestos estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión a trámite de los recursos y subsidiariamente sus desestimaciones, con base en las consideraciones expuestas en su informe de fecha 5 de febrero de 2021.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 8 de febrero siguiente se tienen por incorporados los anteriores escritos y se da traslado a las representaciones de los recurrentes por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. quienes a continuación se oponen al escrito presentado por el Ministerio Público y ratifican sus pretensiones en sendos escritos de alegaciones.

NOVENO.- Por Providencia de esta Sala de 26 de abril de 2021 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el día 12 de mayo de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Los seis acusados que resultaron condenados en la sentencia dictada en primera instancia por la Sección única de la Audiencia Provincial de Huesca, recurrieron en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Desestimados todos los recursos de apelación, cinco de los condenados interponen también casación contra esta última sentencia, aquietándose, sin embargo, Leovigildo con los pronunciamientos que en ella se contienen.

Todos los recurrentes en casación, invocando al efecto la vía que a tal fin ofrece el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y citando también la genérica proclamación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sostienen que la sentencia impugnada habría vulnerado su derecho fundamental a la presunción de inocencia, contemplado en el artículo 24.2 de la Constitución española. Algunos, sin embargo, lo hacen también aludiendo en el encabezamiento de este motivo de queja, a otros derechos fundamentales que, de manera refleja, habrían sido igualmente vulnerados. Así, la defensa de Joaquín se refiere al derecho a un proceso con todas las garantías, a la tutela judicial efectiva o a no confesarse culpable, así como a los principios de legalidad y seguridad jurídica; mientras que la de Felicísima alude también al derecho a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de toda indefensión y al derecho a un proceso con todas las garantías; y la de Ismael, también junto al derecho a la presunción de inocencia, invoca la vulneración del principio de interdicción de toda arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho a un proceso con todas las garantías, que habrían sido vulnerados por carecer de motivación bastante la resolución impugnada. Cumple señalar, ya desde ahora, que más allá de su mera invocación, la referencia a los principios constitucionales y derechos fundamentales distintos de la presunción de inocencia, constituye una suerte de licencia literaria, casi un conjuro, en cuanto, aparte de su enunciado en el encabezamiento del motivo de impugnación, no halla después desarrollo concreto alguno que pueda identificarse sustancialmente con la pretendida vulneración de tales principios constitucionales y derechos fundamentales.

1.- Siendo común a todos la queja relativa a la pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, haciendo hincapié los recurrentes en que una buena parte de las convicciones alcanzadas por los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia descansan en meros indicios que, juzgan los disconformes, distan mucho de resultar inequívocos; consideramos pertinente, con carácter introductorio y sin perjuicio de abordar después las quejas concretas de cada uno, realizar aquí una referencia general a la pretendida vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia y, en relación con ello, a la aptitud para enervarlo de la prueba indirecta o indiciaria, de acuerdo con la doctrina repetidamente establecida al respecto por este Tribunal.

2.- En este sentido, y por todas, nuestra reciente sentencia número 218/2021, de 11 de marzo, compendia que: <<como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus



aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Pero es que, además, en este contexto hay que señalar que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017), la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación, el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional.

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos>>.

3.- Por lo que respecta a la aptitud de la prueba indirecta o indiciaria para enervar el referido derecho fundamental a la presunción de inocencia, también tenemos dicho que la jurisprudencia constitucional y la de esta Sala han establecido que, en ausencia de prueba directa, en algunos casos es preciso recurrir a la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria, cuya validez para enervar la presunción de inocencia ha sido admitida reiteradamente por ambos tribunales. A través de esta clase de prueba, es posible declarar probado un hecho principal a través de un razonamiento construido sobre la base de otros hechos, los indicios, que deben reunir una serie de condiciones, concretamente que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí y, desde el punto de vista formal, que el juicio de inferencia pueda considerarse razonable y que la sentencia lo exprese, lo que no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por



la única certeza posible pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta.

Efectivamente, recuerda la STS núm. 98/2017, de 20 de febrero que las sentencias de esta Sala núm. 433/2013 de 29 de mayo, núm. 533/2013, de 25 de junio y núm. 359/2014, de 30 de abril, entre otras muchas, expresan que la doctrina jurisprudencial ha admitido reiteradamente la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia, y ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con esta materia.

En sentencias ya clásicas, así como en otras más recientes, hemos señalado que los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son:

1º) Desde el punto de vista formal:

a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia.

b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que -aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2º) Desde el punto de vista material, los requisitos se refieren: A) en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y B) en segundo lugar a la deducción o inferencia.

A) En cuanto a los indicios es necesario:

a) Que estén plenamente acreditados;

b) Que sean plurales, o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa;

c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar;

d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí.

B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

Responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia implica que la inferencia no resulte excesivamente abierta, en el sentido de que el análisis racional de los indicios permita alcanzar alguna conclusión alternativa perfectamente razonable que explique los hechos sin determinar la participación del acusado, en cuyo caso la calificación acusatoria no puede darse por probada.

Esta resolución 98/2017, también muestra que la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia sigue los mismos criterios, aun cuando no sistematiza los requisitos probatorios de la misma forma que ha realizado esta Sala.

Esta doctrina constitucional aparece resumida, por ejemplo, en la STC 175/12, de 15 de octubre, señalando que: La prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes' (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/201, FJ 3); 3), sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando 'la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre; 111/2008, de 22 de septiembre; 109/2009, de 11 de mayo; 70/2010, de 18 de octubre; 25/2011, de 14 de marzo o STC 133/2011, de 18 de julio".

En definitiva, concluye la reiterada 98/2017, en el control de la razonabilidad de la inferencia realizada en la prueba indiciaria deben excluirse aquellos supuestos en los que:



1º) En el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias (canon de la lógica o cohesión).

2º) O en los que la inferencia sea excesivamente abierta, débil o indeterminada, derivándose de los indicios un amplio abanico de conclusiones alternativas (canon de la suficiencia o calidad de la conclusión).

3º) O bien se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales (canon de la constitucionalidad de los criterios) (STS 101/2016, de 18 de febrero).

Es decir, que en el control de la razonabilidad de la inferencia realizada en la prueba indiciaria deben utilizarse tres cánones: 1º) Canon de la lógica o de la cohesión; 2º) Canon de la suficiencia o calidad de la conclusión; 3º) Canon de la constitucionalidad de los criterios.

Igualmente, por parte de esta Sala Segunda, es abundante la jurisprudencia que indica que si bien los indicios, en principio, han de ser plurales, ya que es la acumulación de ellos en un mismo sentido lo que permite formar la convicción del Tribunal excluyendo toda duda, excepcionalmente cabe que el indicio sea único pero de singular potencia acreditativa (SSTS 755/1997, de 23 de mayo; 1949/2001, de 29 de octubre; 468/2002, de 15 de marzo; 813/2008, de 2 de diciembre; 194/2010, de 2 de febrero; y 569/2010, de 8 de junio).

Para terminar, recuerda la sentencia de esta Sala núm. 762/2013, de 14 de octubre, donde se recopilan las anteriores resoluciones, que tal como se ha argumentado en otros precedentes de este Tribunal (SSTS 208/2012, de 16 de marzo; y 531/2013, de 5 de junio), es preciso resaltar que cualquier hecho indiciario siempre deja abierta cierta holgura propiciatoria de alguna contrahipótesis alternativa favorable a la defensa. Lo relevante y decisivo es que esa holgura no presente una plausibilidad ni un grado de verificabilidad que ponga en cuestión la elevada probabilidad que apuntan los hechos indiciarios a favor de la hipótesis acusatoria. Y es que todo juicio de inferencia deja un espacio de apertura hacia alguna otra hipótesis, espacio que desde luego no tiene por qué desbaratar necesariamente la consistencia sustancial del razonamiento incriminatorio inferencial convirtiéndolo en inconsistente o poco probable. Lo relevante es que esa posibilidad alternativa sea nimia en comparación con el grado de probabilidad incriminatoria que traslucen los datos indiciarios incriminatorios.

Recurso de Felicísima .-

PRIMERO.- En los motivos primero y cuarto de su impugnación, se argumenta, al amparo de las prevenciones contenidas en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, –habría sido más preciso técnicamente invocar el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, que la resolución impugnada ha vulnerado el derecho fundamental del acusado a la presunción de inocencia con relación a los dos delitos de robo con violencia o intimidación, en grado de tentativa, por los que resultó condenado, así como, por extensión, en lo que se refiere al delito de lesiones.

1.- Argumenta quien ahora recurre, en síntesis, que con respecto al delito de robo del que fue víctima Jose Francisco , pese a que en la sentencia recaída en la primera instancia se alude, como prueba directa de la participación del recurrente, a la declaración testifical prestada en el acto del juicio por la víctima y al inequívoco reconocimiento de Felicísima realizado por el testigo en el acto del juicio oral, es lo cierto que dicho reconocimiento, precedido es verdad de una identificación fotográfica realizada en dependencias policiales, tuvo lugar sin que en la fase de instrucción se hubiera realizado rueda de identificación alguna lo que, a juicio de quien ahora recurre, determinaría que aquella prueba de cargo esencial (el reconocimiento efectuado en el acto del plenario) hubiera de reputarse nula *"ya que no supone una ratificación de un reconocimiento previo realizado en instrucción, por lo que sin duda se ve despojado de las garantías propias que impone nuestra Ley Rituaria que sólo pueden ser verificadas en sede de instrucción"*.

2.- Esta queja, ya oportunamente analizada en sede de apelación por el Tribunal Superior de Justicia, solo puede ser desestimada. En efecto, repetidamente hemos proclamado que el reconocimiento fotográfico efectuado en las dependencias policiales no puede considerarse un medio probatorio apto para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Se trata, meramente, de una diligencia de investigación, efectuada de ordinario por los agentes de la fuerza instructora, que tiene por objeto y única eficacia la de focalizar o esclarecer la identidad de la persona sospechosa de la comisión del hecho delictivo que se investiga. Dicha actuación, sin embargo, en tanto no puede ser valorada directamente en su concreto desarrollo por el órgano enjuiciador, –contrastando el modo en el que se llevó a término, el conjunto de fotografías que fueron exhibidas al testigo y/o los términos en los que la identificación del acusado tuvo lugar–, ni aparece tampoco realizada bajo la autoridad de un órgano jurisdiccional, no tiene naturaleza de prueba y, en consecuencia, no puede bastarse para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Sin embargo, ello no significa que el único modo apto para identificar al autor del hecho delictivo resulte ser la rueda de reconocimiento practicada en fase de instrucción. No cabe duda de que se trata de una diligencia de



investigación particularmente apta para dicha finalidad, practicada ante la autoridad judicial, con intervención de la defensa del acusado y bajo la fe del Letrado/a de la Administración de Justicia, por lo que su contenido y vicisitudes puede ser incorporado sin dificultad al acervo probatorio en el acto del juicio oral. Por eso, acordada de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, –pretensión que aquí no se dedujo por la ahora recurrente–, no cabe duda de que la misma, particularmente idónea para ese fin, resulta una prueba, cualquiera que sea su resultado, de particular relevancia a la hora de identificar (o de no identificar) al autor de los hechos enjuiciados. Sentado lo anterior, no significa ello que, en ausencia de dicho reconocimiento en rueda practicado en la fase de instrucción, no exista alternativa alguna a la identificación. Al contrario, este Tribunal, repetidamente ha proclamado también que el reconocimiento practicado en el acto mismo del juicio oral resulta potencialmente apto para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Si hemos dicho que la virtualidad probatoria del reconocimiento en rueda deriva de su práctica ante la autoridad judicial, la intervención de la defensa del acusado y la autenticidad formal de su práctica, es claro que tales elementos concurren también cuando el testigo reconoce al acusado en el acto mismo del juicio oral, aportando, además, este escenario la posibilidad de que el propio órgano competente para el enjuiciamiento, al observar de forma directa e inmediata el desarrollo del testimonio, pueda valorar la mayor o menor seguridad, la convicción, expresada por el testigo al protagonizar esa identificación. En este sentido, como recuerda últimamente nuestra sentencia número 651/2020, de 2 de diciembre: <<frente a la impugnación del recurrente en relación a su autoría se entiende que existe prueba debidamente valorada y motivación suficiente en la sentencia, recordando lo expuesto en Sentencia del Tribunal Supremo 4/2020 de 16 de enero, al apuntar la Sala que: "Sobre ello, hay que señalar que esta Sala ha declarado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 337/2015 de 24 May. 2015, Rec. 10853/2014 que: "quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 901/2014 de 30 Dic. 2014, Rec. 1614/2014 se apunta la validez de la comparecencia en el juicio oral de quien ha realizado un reconocimiento fotográfico, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos y sobre el reconocimiento realizado, constituye una prueba de cargo válida y apta para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, con independencia de que la valoración sobre su fuerza de convicción en cada supuesto específico corresponda al Tribunal sentenciador>>.

En consecuencia, solo podemos respaldar ahora los razonamientos que se contienen en la resolución impugnada, –que, no se olvide, es la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia–, cuando comprueba que la identificación del acusado, ahora recurrente, se practicó de manera inobjetable en el acto del juicio oral por la víctima del delito de robo con violencia y de lesiones, reconocimiento expresamente valorado también, como no podía ser de otra manera, en la resolución recaída en la primera instancia.

3.- Por lo que respecta a los hechos relativos al segundo robo, ahora con intimidación, en grado de tentativa, por el que el recurrente resultó condenado, delito cometido en la vivienda de Jacinto, también se sostiene, en este caso en el motivo cuarto de impugnación, que habría sido vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado.

Aquí razona el recurrente que no existe prueba de la participación de Felicísima en estos hechos, frente a la conclusión contraria que alcanza el órgano jurisdiccional, en este caso, a través de una prueba indirecta o indiciaria que se sustenta en que el vehículo utilizado por los autores para la comisión de este delito resulta ser el mismo que se empleó en el cometido con anterioridad (en la vivienda de Jose Francisco), siendo que las localidades en las que ambas viviendas se hallan, –Tárrega y Solsona–, distan entre sí unos cuarenta y cinco minutos si el viaje se realiza en automóvil, siendo que entre la comisión de uno y otro ilícito penal transcurrió, aproximadamente, una hora. Considera quien recurre que se trata de un único indicio que, además, carece de la suficiente intensidad como para reputar como suficientemente sólido el juicio de inferencia sobre el que se asienta aquí el pronunciamiento condenatorio.

4.- Tampoco en este aspecto podemos dar la razón a la parte recurrente. Tal y como se explica en la sentencia impugnada, el órgano jurisdiccional de primer grado procedió a valorar en este caso que ambas víctimas, los Sres. Jose Francisco y Jacinto, pudieron anotar la matrícula del vehículo en el que se marcharon los asaltantes, llegando así a comprobarse que se trataba del mismo automóvil. Igualmente se pondera que, en efecto, las localidades en las que radican las referidas viviendas se hallan a una distancia, que impone para ser superada viajando en un automóvil invertir unos cuarenta y cinco minutos, tiempo prácticamente coincidente con el que discurrió entre uno y otro suceso, lo que permite considerar razonablemente que en ambos



acontecimientos participaran las mismas personas, quedando muy reducida la posibilidad de modificaciones o cambios en los ocupantes del turismo, en condiciones de tiempo tan acuciantes. Pero es que, además, los agresores utilizaron en ambos casos un mismo método y emplearon también idéntico instrumento (una pata de cabra), por lo que el Tribunal Superior concluye que el juicio de inferencia resulta sólido, excluyendo, en términos de razonabilidad, cualquier otra alternativa igual o parecidamente válida desde el punto de vista epistemológico.

El motivo de impugnación se desestima.

SEGUNDO.- Alterando, por razones metodológicas, el orden de los motivos de impugnación presentados por el recurrente, conviene abordar ahora, en cuanto relacionado con los aspectos fácticos y de valoración probatoria, el motivo sexto del recurso, en el que se denuncia, al amparo de lo establecido en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la pretendida existencia de un error en la valoración probatoria que vendría soportado en la existencia de documentos literosuficientes y no contradichos por otros elementos probatorios.

1.- Razona quien ahora recurre, en síntesis, en este caso con relación al delito de robo con fuerza en las cosas por el que igualmente resultó condenado en la sentencia que impugna el acusado Felicísima, que dicho pronunciamiento descansaría en el "estudio antropométrico" que obra en el atestado el folio 1464 (Tomo IV), siendo que, a su parecer, dicho informe carece propiamente de naturaleza pericial, constituyendo un mero indicio, que nuevamente juzga como insuficiente para asentar el pronunciamiento condenatorio.

2.- El cauce casacional escogido en este caso por el recurrente, resulta inidóneo. En efecto, como recuerda, por todas, nuestra sentencia núm. 406/2019, de 17 de septiembre: <<Centrándonos en el motivo por error en la apreciación de la prueba exige para su prosperabilidad según reiterada jurisprudencia de esta Sala -por ejemplo, STS 936/2006, de 10-10, 778/2007 de 9-10; 1148/2009, de 25-11- la concurrencia de los siguientes elementos:

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

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

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

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

Así la STS. 911/2013 de 3.12, recuerda "... dichos documentos deben traslucir sin ningún género de dudas el error, porque han de acreditar de manera fehaciente un determinado hecho para la posterioridad sin necesidad de acudir a otras pruebas, es decir, han de tener aptitud demostrativa directa del hecho que incorporan".

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

Y concluye la expresada resolución: "la contradicción, en fin, ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completado aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultado de otros medios de prueba también disponibles por el Tribunal de instancia, que justificaron la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación, al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SSTS. 6 y 24.9.2011)>>.

3.- Resulta muy claro, a partir de la mencionada doctrina, que el documento de contraste al que se refiere quien aquí recurre, -el mencionado estudio antropométrico-, ni puede considerarse documento fehaciente



a los efectos del presente motivo de impugnación ni, sobre todo, puede afirmarse que su contenido resulte contrario o se oponga en ningún sentido a los hechos que se declaran probados. Cuestión distinta es que la recurrente considere que el tan citado documento carece, como prueba de cargo, de consistencia bastante para justificar el pronunciamiento condenatorio que impugna, lo que reconduce la queja al ámbito que resulta propio de la eventual vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ciertamente, en la sentencia dictada por el Tribunal Superior, enfrentada con esta misma queja, se observa que *"respecto al delito de robo con fuerza en las cosas imputado Felicísima, cometido el 17 de noviembre de 2017 en la localidad de Almudáfar (Huesca), consta que las cámaras de seguridad de la vivienda reflejaron durante la ejecución del robo al autor, cuya identidad resulta plenamente acreditada para el tribunal sentenciador, --sin que se aprecie un mínimo margen de error--, por el estudio antropométrico que realizó la Policía Judicial sobre la imagen grabada por la cámara y una fotografía del acusado (folio 1464, Tomo IV), habiéndose ratificado en el juicio dicha diligencia por el instructor del atestado"*.

Es cierto, como destaca el recurrente, que existen precedentes jurisprudenciales en los que hemos tenido oportunidad de destacar la particular cautela con la que han de ser valorados los conocidos como "informes antropométricos". Paradigma de dichos precedentes resulta, sin duda, nuestra sentencia número 61/2000, de 27 de enero, en la que puede leerse: *<< Así como la identificación por las huellas dactilares (dactiloscopia) tiene un amplio consenso en el mundo científico de la criminalística, por la pluriformidad y variabilidad infinita de las crestas papilares, la pericia antropomórfica debe ser valorada con más cautela en cuanto que utiliza rasgos o partes del rostro y del cuerpo de la persona para establecer la identidad. El universo de los signos distintivos que emplea esta última ciencia, nos sitúa ante un espectro de población muy amplio en el que pueden darse coincidencias o similitudes entre variados grupos de personas. Las partes del rostro de las personas no son irrepetibles como sucede con las huellas dactilares sino que pueden presentar características cercanas entre sí que, nos llevaría a la formación de un grupo de varias personas con rasgos similares a la que se trata de identificar. No hay obstáculo, para que esta técnica se pueda utilizar como elemento valioso de investigación que permita hacer una aproximación hacia la persona sospechosa, pero es difícil atribuirle, en todos los casos, el valor de prueba plena e indiscutible>>*.

Esa particular cautela en la valoración, sin embargo, ni excluyen su carácter de medio probatorio ni incondicionadamente le resta toda eficacia. En el caso, resulta obligado valorar que, conforme se destaca en las resoluciones dictadas en primera y segunda instancia, el emisor de dicho informe procedió a ratificarlo en el acto del juicio oral, teniendo así las defensas de los acusados, y en concreto la del ahora recurrente, la posibilidad de someter dicho informe a contraste, formulando a su emisor cuantas preguntas tuviera por conducentes, en particular con respecto a la alta probabilidad proclamada por éste de que la persona que aparecía en las grabaciones videográficas coincidiera con la del acusado Felicísima. Pero es que, además, en este caso, debe ponderarse que igualmente en la sentencia ahora impugnada se declara probado que Felicísima formaba parte del grupo *"concertado con el propósito de procurarse un beneficio patrimonial, realizando una serie de actuaciones (entre los meses de mayo de 2017 y marzo de 2018) consistentes en la sustracción de los objetos de valor... que pudieran encontrar en viviendas del tipo chalés o adosados, sitas en urbanizaciones o lugares apartados de los núcleos de población y en ocasiones próximas a vías de circulación interurbanas a fin de conseguir una mayor rapidez en la fuga"*, observándose después que los miembros de dicho grupo *"accedían al interior de las viviendas en la franja horaria que abarcaba la tarde y la noche en la creencia de que los moradores normalmente no se encontraban en sus respectivas viviendas en ese momento" y "ejecutaban los hechos a través de un patrón denominado silencioso, consistente en la fractura de ventanas o puertas laterales de las viviendas, o bien de la puerta principal, mediante el empleo de objetos contundentes del tipo desencofradores, destornilladores u otras herramientas"*. Así pues, no es ya que el estudio antropométrico al que aquí se refiere el recurrente pusiera de manifiesto, en abstracto, la muy alta probabilidad de que la persona grabada por las cámaras se correspondiese con la del ahora acusado sino que, en concreto y complementariamente, éste formaba parte, como resultó inequívocamente acreditado, del mencionado grupo, siendo que el delito cometido en la vivienda sita en Almudáfar (Huesca), aproximadamente a las 19:30 horas del pasado día 17 de noviembre de 2017, se produjo accediendo al interior de la vivienda tras forzar una ventana del garaje, siendo sustraídas joyas y distintos efectos, una parte de los cuales, (concretamente un teléfono móvil y un anorak), conforme resulta del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, fueron recuperados. En estas circunstancias, consideramos que procede respaldar la valoración probatoria realizada por el órgano jurisdiccional de primera instancia, debidamente revisada por el Tribunal Superior en apelación y reputar, en consecuencia, que también respecto a este ilícito penal existió prueba de cargo apta para desvirtuar el derecho fundamental a la presunción de inocencia del ahora recurrente.

El motivo se desestima.



TERCERO.- Procede ahora abordar el conjunto de motivos que, todos ellos abrazados por el cauce casacional que habilita el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desgrana la recurrente a lo largo de sus ordinales segundo, tercero, quinto, séptimo, octavo y noveno.

1.- Se queja, en primer lugar (motivo de impugnación segundo), de que en el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada no se describen con la suficiente precisión los instrumentos empleados por los agresores, sin que exista así soporte fáctico bastante para justificar la aplicación de los subtipos agravados que se contemplan, respectivamente, en los artículos 242.3 del Código Penal (para el delito de robo con violencia) o en el artículo 148.1º del mismo texto legal (para el delito de lesiones). Tampoco se concreta, añade la recurrente en este motivo de impugnación, cuál de los dos asaltantes causó las lesiones; y, además, se observa que, mientras el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones aludía al empleo de una barra de hierro, en la resolución impugnada se concreta que se trataba de una "pata de cabra", lo que, pretendidamente, vendría a vulnerar, siempre a juicio de la recurrente, las exigencias del principio acusatorio.

2.- Ciertamente, en la narración histórica referida se consigna que Felicísima, en compañía de otro de los acusados, el pasado día 24 de agosto de 2017, trataron de acceder a la vivienda perteneciente a Jose Francisco, forzando para ello una ventana de la habitación, siendo sorprendidos por éste. Don Jose Francisco resultó agredido "por los dos acusados, quienes se valieron para ello de una pata de cabra y de unas maderas".

Como certeramente destaca el Ministerio Público, al tiempo de oponerse a este motivo de impugnación, nos encontramos aquí ante una cuestión nueva, sometida "per saltum" a nuestra consideración, sin que fuera aducida previamente en el recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia. Al respecto, hemos tenido ocasión de señalar, por todas en nuestra reciente sentencia número 164/2021, de 24 de febrero, que: <<la existencia de un recurso previo de apelación impone la exigencia de que las cuestiones que se plantean en el recurso de casación lo hayan sido antes en aquél. Dicho de otra forma, en el recurso de casación no podrán examinarse cuestiones nuevas no planteadas en la apelación cuando el recurrente pudo hacerlo.

Como afirma la STS 84/2018, de 15 de febrero, con cita de la STS 54/2008, 8 de abril, "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)". (STS nº 290/2019, de 31 de mayo).

... De manera que las cuestiones planteadas en el recurso de casación debieron serlo primeramente ante el tribunal de apelación, con la única excepción de aquello que el recurrente considere infracciones cometidas precisamente por este último tribunal y que no pudieron ser atribuidas al primero. En este sentido, esta Sala, entre otras en la STS nº 895/2001, ya señalaba que "... como recuerda la Sentencia de 26 de febrero de 2001 este recurso extraordinario se dirige a impugnar lo resuelto en la segunda instancia y ha de tratar únicamente sobre si los argumentos empleados por el Tribunal Superior de Justicia son o no adecuados a derecho, sin que aquí se puedan plantear cuestiones diferentes de las tratadas en la sentencia recurrida. En este sentido la sentencia de 31 de mayo de 1999 dice que "ha de señalarse que el recurso de casación se formula contra la sentencia dictada por el Tribunal de apelación, no pudiéndose introducir cuestiones nuevas que no pudieran ser examinadas por éste. De la misma forma, en la STS nº 293/2007 se decía que "... si el recurso de casación se interpone contra la sentencia del TSJ, la impugnación de ésta únicamente puede versar sobre aquellas pretensiones que fueron planteadas a dicho Tribunal en el recurso de apelación y que se resolvieron en esa instancia, pero no sobre las que no fueron suscitadas y sobre las que, obviamente, el TSJ no puede ni debe pronunciarse, de manera que al entablar en sede casacional esas pretensiones "per saltum", que fueron hurtadas al conocimiento y enjuiciamiento del órgano jurisdiccional competente, se está suscitando una cuestión nueva que, en efecto resulta contraria a la propia naturaleza del recurso de revisión y a la buena fe procesal que ha de regir la actuación de cada una de las partes intervinientes en el proceso, por lo que se ha impedido de esta forma el expreso pronunciamiento en la apelación, pronunciamiento que procedería ahora examinar a fin de resolver su corrección". En sentido similar la STS nº 911/2007, STS nº 992/2007 y STS nº 329/2001, entre otras.

Esto no impide que, en algunos casos, se examinen por el Tribunal de casación cuestiones que, en rigor, no fueron planteadas en la apelación. Como se ha dicho, en primer lugar, por razones evidentes, ello será posible en aquellos casos en los que la infracción denunciada se atribuya al tribunal de apelación, bien en la tramitación



o bien en la resolución del recurso. En segundo lugar, prescindiendo de formalismos exacerbados y atendiendo al significado real de las cuestiones planteadas, en aquellos otros en los que lo planteado en casación resulte en realidad una distinta consideración de lo ya cuestionado en el recurso de apelación. Solo así se respetaría la estructura del proceso en relación a los recursos, y la misma naturaleza del recurso de casación. En sentido similar la STS nº 12/2017, de 19 de enero .

Cierto también, como destaca el recurrente, que se venían admitiendo ciertas excepciones a este principio general. La jurisprudencia había aceptado, en concreto, dos excepciones a esta doctrina. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero).

Aun estas excepciones resultan, empero, matizadas en la sentencia número 661/2020, de 3 de diciembre, cuando observa: << *La jurisprudencia había admitido dos excepciones a esta doctrina general. Así, esta Sala había reconocido la necesidad de arbitrar un cauce absolutamente excepcional para aquellos casos en los que se alegue infracción de derechos fundamentales y aquellos otros en los que el planteamiento de la cuestión no suscitada en la instancia se construya sobre el propio contenido fáctico de la sentencia, pues en estos casos es la propia resolución judicial la que viene a permitir su análisis (cfr. SSTS 683/2007, 17 de febrero y 57/2004, 22 de enero)*.

Sin embargo, estas excepciones estaban pensadas para los casos en que no existía otro recurso que el de casación, lo que justificaba un ensanchamiento de los cauces propios del mismo, lo cual ya no aparece como necesario al generalizarse la apelación, permitiendo al recurso de casación recuperar su esencia.

De todos modos, la segunda de las citadas excepciones, especialmente, estaba referida a los casos en los que, no habiéndose alegado en el plenario, la concurrencia de una atenuante o de un subtipo atenuado o de una circunstancia similar, resultara directamente de los hechos que el Tribunal había declarado probados la base fáctica que permitiría apreciar su concurrencia. Posición generalizable a cualquier otra alegación omitida que cumpliera esas exigencias. Así, el recurrente, aunque hubiera omitido indebidamente esa alegación en el plenario, podía reclamar en apelación (rectius: casación) la aplicación de aquello que resultara directamente de los hechos probados de la sentencia recurrida.

No ocurre así cuando ya existe un previo recurso de apelación. Esta alegación omitida en la instancia, es posible en ese recurso, pero si se prescinde de ella, como ocurre con cualquier otra en la apelación, nada justifica su planteamiento per saltum en casación.

Tampoco se justifica cuando se alega en casación una infracción de derechos fundamentales que no ha sido planteada en apelación. Esta Sala ha excluido del recurso de apelación las alegaciones amparadas en el artículo 852 de la LECrim cuando se trata de recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias provinciales. Por lo tanto, el hecho de que se alegue la vulneración de un derecho fundamental no justifica por sí mismo que se examine la cuestión nueva en casación.

Además de estos supuestos que puedan encuadrarse en la noción de cuestiones de orden público, la jurisprudencia ha admitido otros casos que tienen una justificación diferente. Se trataría de cuestiones que, o bien no pudieron ser planteadas en el recurso de apelación, por razones obvias, o bien de cuestiones que, aunque desde otras perspectivas, en realidad ya habían sido planteadas en aquel recurso.

Así, en la STS nº 661/2019, de 14 de enero de 2020 , se decía que esta doctrina general que limita las alegaciones en casación, "no impide que, excepcionalmente, en algunos casos se examinen por el Tribunal de casación cuestiones que, en rigor, no fueron planteadas en la apelación. Como se ha dicho, en primer lugar, por razones evidentes, ello será posible en aquellos casos en los que la infracción denunciada se atribuya al tribunal de apelación, bien en la tramitación o bien en la resolución del recurso. En segundo lugar, prescindiendo de formalismos exacerbados y atendiendo al significado real de las cuestiones planteadas, en aquellos otros en los que lo planteado en casación resulte en realidad una distinta consideración de lo ya cuestionado en el recurso de apelación. Solo así se respetaría la estructura del proceso en relación a los recursos, y la misma naturaleza del recurso de casación. En sentido similar la STS nº 12/2017, de 19 de enero .

Aun así, todavía podrían plantearse supuestos en los que, muy excepcionalmente, se justificaría el examen de una cuestión no planteada en apelación.

Esta Sala ha admitido esa posibilidad cuando se trata de la prescripción o de otras cuestiones que deban apreciarse de oficio por los Tribunales. Así, en la STS nº 174/2006, de 22 de febrero [El reproche es impugnado por una de las partes recurridas por tratarse de una cuestión nueva no planteada en la instancia. Este reparo, sin



embargo, no puede ser aceptado por cuanto la prescripción es una institución de orden público que puede y debe ser apreciada incluso de oficio por los órganos jurisdiccionales (véanse SS.T.S. de 26 de abril de 1.996 y 9 de mayo de 1.997, entre otras muchas)]. O, con carácter más general, STS nº 22/2005, de 17 de enero [Tan insalvable obstáculo pretende soslayarlo el recurrente alegando que la atenuante que ahora interesa "debió aplicarse de oficio" por el Tribunal sentenciador, argumento inaceptable al no tratarse de una materia de orden público que legitimaría a aquel a resolver de oficio sin previa pretensión de alguna de las partes procesales]. O en la STS nº 480/2009, de 22 de mayo, [para que pueda apreciarse la existencia de reforma peyorativa, constitucionalmente prohibida, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, sin mediación de pretensión impugnatoria de otra parte y con excepción del daño que se derive de la aplicación de normas de orden público procesal (SSTC. 15/87 de 11.2, 17/89 de 30.1, 70/99 de 26.4) "cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes"]].

También por el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 123/2005, de 12 de mayo ; STC 140/2006, de 8 de mayo, FJ 5; STC 155/2009, de 25 de junio o STC 198/2009, de 28 de setiembre, FJ 2.

A esta posibilidad también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la Sentencia de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal, (Cuando de conformidad con la legislación nacional, un motivo planteado por primera vez ante un tribunal nacional de casación, basado en la violación del derecho interno, sólo es admisible si es de orden público, un motivo basado en la violación del derecho a ser oído, tal y como garantiza el derecho de la UE, y que se plantea también por primera vez ante el mismo tribunal de casación, debe ser declarado también admisible si cumple las condiciones exigidas por la legislación nacional para ser considerado como un motivo de orden público, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente). En similar sentido la STJUE de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea .

En definitiva, aunque las excepciones a la regla general han sido interpretadas y aplicadas en ocasiones con amplia generosidad, una vez que se ha generalizado el recurso de apelación, en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo.

No estamos ante una singularidad de la doctrina de esta Sala de casación, sino ante un tema transversal propio y característico de la teoría general de los recursos procesales, sea cual sea el orden jurisdiccional en que nos movamos.

Cuando coexisten dos escalones impugnativos (normalmente apelación y casación), al segundo solo podrán acceder las cuestiones que hayan sido objeto de debate en la instancia previa. Tal axioma constituye una derivación de la doctrina de la cuestión nueva en el ámbito de los recursos, campo donde además adquiere connotaciones más rígidas. A la segunda instancia puede llevarse todo lo tratado en el juicio de instancia de forma explícita o implícita. También cuestiones que no hubieran sido alegadas pero que han aflorado en la sentencia como consecuencia de la amplitud del conocimiento en esa instancia, marcado tan solo por los principios acusatorio, en materia penal, y de rogación o dispositivo en otros ámbitos. No en cambio aquellos temas novedosos que fueron silenciados sin razón alguna en la instancia.

Pero a un recurso posterior solo podrá acceder lo delimitado por la impugnación previa.

El recurso de casación penal en el régimen vigente se admite legalmente (dejando al margen casos excepcionales -v.gr.: aforados-) contra sentencias dictadas en apelación. En casación se ventila la corrección de la decisión del Tribunal de apelación. Ello, indirectamente, supondrá debatir sobre temas decididos primeramente en la instancia; pero no sobre todos, sino solo sobre aquéllos que hayan sido llevados a la apelación porque solo sobre ellos puede pronunciarse el tribunal ad quem. El resto de asuntos decididos y no cuestionados ni impugnados han de considerarse consentidos (tantum devolutum quantum appellatum). La apelación no es un nuevo juicio íntegro: su objeto es más limitado que el de la instancia. Está marcado por los contornos prefijados por el apelante -y, en su caso el impugnante adhesivo- en su recurso.

Si lo que se puede recurrir en casación es la sentencia de apelación (no la del Juzgado de lo Penal o, en su caso, la Audiencia Provincial) como recordamos continuamente, secuela revestida de una lógica aplastante y derivada de esa premisa será que no podrá introducirse per saltum lo que no fue objeto de examen por el Tribunal de apelación.

Lo decidido por un Juzgado de lo Penal no es susceptible de casación; solo de apelación. Es lo resuelto en apelación lo que puede acceder a casación. Y en la casación se ventila la conformidad a derecho de la sentencia de apelación que, si es correcta, solo podrá pronunciarse sobre lo impugnado, no sobre otras cuestiones que las partes no cuestionan en sus recursos. Es más, si resolviere sobre otros puntos no impugnados, aunque su solución fuese hipotéticamente acertada en el fondo, habría que anularla en casación ante la queja de cualquier



parte por no haberse ajustado a ese dogma elemental y clásico: tantum devolutum quantum appellatum (vid. art. 465.5 LEC).

Pueden aducirse en casación nuevos argumentos (v.gr. se pidió en apelación que se suprimiese la reincidencia por no tratarse de delito de la misma naturaleza y en casación se alega, además, que el antecedente estaba cancelado); pero no podrán introducirse nuevas pretensiones impugnatorias (no se discutió la reincidencia en la apelación y en casación se lucha por suprimir la agravante: sobre esa cuestión no hay ningún pronunciamiento de la Audiencia; por tanto no se puede reprochar a la Audiencia una decisión inexistente. No se puede anular una sentencia de la Audiencia que ha resuelto de forma impecable todo lo que le presentó para resolver; y que, también haciendo lo que debía hacer, no se ha pronunciado sobre otras cuestiones). Las pretensiones impugnatorias no admiten el efecto Guadiana: desaparecen en la apelación y reaparecen sorpresivamente en una ulterior impugnación. En el momento en que se consiente una decisión no impugnándola queda expulsada esa cuestión de la controversia, ha dejado de formar parte del objeto procesal de la apelación y, por ende, de la casación. Las impugnaciones sucesivas han de ser un continuum guardando congruencia unas con otras.

En el ámbito penal así vino a afirmarlo la jurisprudencia desde que se introdujo un recurso de apelación previo a la casación en el procedimiento del jurado. Antes el problema del recurso per saltum no aparecía: no existía una segunda instancia previa a la casación (el diseño era o apelación o casación; pero no apelación más casación). Con la generalización de la segunda instancia han comenzado a reproducirse supuestos, cada vez más frecuentes, en que aparece esta disfunción. Se vienen resolviendo en la forma que ha quedado expuesta en el fundamento anterior, sin perjuicio de que situaciones muy excepcionales puedan requerir soluciones excepcionales (y también contamos con algunos precedentes indicativos de ello: v.gr., un pronunciamiento jurisprudencial de relieve que marca una línea muy diferente y que irrumpe ya resuelta la apelación).

En otros ámbitos jurisdiccionales el problema es más clásico en virtud de sus específicos sistemas de impugnación. Y la solución que se le brinda es tradicionalmente y sin fisuras la indicada, que se atiene a esos principios procesales básicos que constituyen doctrina común de todas las Salas de este Tribunal Supremo, y cuyos moldes no podemos dinamitar sin afectar a principios estructurales.

3.- Fácilmente se comprenderá, a partir de las consideraciones anteriores, que también este motivo de impugnación deba ser ahora desestimado. En efecto, ninguna de las quejas que lo conforman fue deducida en el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que ningún obstáculo tuviera la parte para ello y sin que el cambio en la dirección letrada del acusado justifique una alteración en el objeto admisible del recurso de casación.

En cualquier caso, y entrando sucintamente en el fondo de las consideraciones suscitadas por el recurrente, lo cierto es que ninguna vulneración del principio acusatorio se apreciaría por el hecho de que, habiendo sostenido el Ministerio Público en sus conclusiones que el instrumento empleado en los robos fue una barra de hierro, la Audiencia Provincial, a la vista de la prueba practicada en el juicio y, en particular, de las declaraciones testimoniales de las víctimas, concluya que se trató de una "pata de cabra". Es claro que por esa causa ningún padecimiento se produjo en el derecho de defensa, siendo siempre consciente el acusado de que se le imputaba haber empleado un instrumento peligroso en la comisión del hecho delictivo, concretado en el acto del juicio en la forma dicha.

Tampoco la circunstancia de que no llegue a precisarse en el relato de hechos probados cuál de las dos agresiones (o si las dos), protagonizadas por cada uno de los acusados causó las lesiones, elude la evidente confirmación de que ambos eran conocedores del empleo de un instrumento peligroso frente a sus sucesivos contrincantes, y ambos agredieron al primero de ellos, por lo que, habiendo participado dolosamente en la comisión del hecho y con conocimiento del empleo de ese concreto instrumento ambos acusados, así como de que el mismo podría ser empleado en la ejecución del delito, a los dos resultan recíprocamente imputables los resultados producidos.

Finalmente, es verdad que el instrumento empleado pudo haber sido descrito con más detenimiento o precisión en el factum de la sentencia impugnada. Sin embargo, se alude de manera explícita al empleo de una "pata de cabra" que, conforme también se explica en la resolución impugnada, se empleaba como instrumento para vencer las resistencias físicas que en puertas o ventanas pudieran encontrar los acusados a su proyecto depredatorio. Una "pata de cabra" es expresión que, inequívocamente en este contexto, alude a la cuarta de las acepciones contenidas en el diccionario de la RAE como "*herramienta de hierro usada en albañilería, con dos uñas, que sirve para sacar clavos y palanquear*", siendo, por otro lado, conclusión que trasciende el estándar de la duda razonable la efectiva peligrosidad del instrumento empleado en el caso, a la vista de las lesiones descritas en el factum de la resolución impugnada, efectivamente producidas en la persona de Jose Francisco contra quien se empleó dicha herramienta.

El motivo se desestima.



CUARTO.- Considera también el ahora recurrente, ahora en su motivo tercero, que se habría producido una indebida aplicación del subtipo agravado que se prevé en el artículo 242.3 del Código Penal, siendo que, a su juicio, dicha decisión vulnera la prohibición del bis in idem, en la medida en que el instrumento peligroso empleado por los autores del hecho ya se tuvo en cuenta para agravar el delito de lesiones. Entiende así que un mismo hecho habría sido tenido indebidamente en cuenta en dos ocasiones incrementando la respuesta punitiva de la conducta.

Sin embargo, también en este caso, nos enfrentamos con una cuestión no invocada por la parte en el recurso de apelación, sin que ninguna razón atendible se lo hubiera impedido, y que pretende ahora someter a nuestra consideración "per saltum", debiendo estarse a lo señalado en el ordinal anterior en los términos ya ampliamente explicados, para justificar la desestimación del motivo.

QUINTO.- Se queja también la recurrente, una vez más al amparo de las previsiones contenidas en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de que habría resultado infringido el artículo 242 del Código Penal y, subsidiariamente, de que, a su juicio, debió ser aplicado el subtipo atenuado que se contempla en el artículo 241.4 del mismo texto legal.

1.- Razona el recurrente, ahora con relación al delito cometido en la vivienda propiedad de don Jacinto, que la ya referida "pata de cabra" era portada por los acusados como instrumento hábil para vencer las resistencias físicas que pudieran hallar en su propósito de acceder al interior de la casa y no con la posterior intención de exhibirla de modo intimidatorio ante eventuales ocupantes. Explica el recurrente que no puede ser presumido el acuerdo de ambos para utilizar dicho instrumento frente a la incierta presencia de esos eventuales moradores, siendo así que en el relato de hechos probados no se describe cuál de los dos acusados, si el ahora recurrente o Joaquín, esgrimió dicha herramienta intimidatoriamente contra don Jacinto cuando éste descubrió la presencia de los asaltantes.

Desde otro punto de vista, razona quien ahora recurre que, en cualquier caso, "atendida la menor entidad de la intimidación ejercida", debió haber sido aplicado el subtipo privilegiado del artículo 242.4 del Código Penal, rebajándose en un grado la pena prevista en el mismo.

2.- Ciertamente, en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, por lo que a este particular respecta, se consigna: *"los dos mencionados acusados accedieron al domicilio de Jacinto ..., saltando para ello el muro que cercaba la vivienda, y fueron sorprendidos por el Sr. Jacinto, a quien uno de los asaltantes amedrentó exhibiendo la pata de cabra que portaba consigo, aunque no llegó a agredir al Sr. Jacinto. Los acusados, que ni causaron desperfectos ni sustrajeron efecto alguno, se dieron a la fuga a bordo del vehículo con el que había llegado hasta allí"*.

Es claro, en consecuencia, que no consta acreditado cuál de los dos asaltantes, una vez descubierta su presencia por el propietario de la vivienda, le intimidó con la exhibición de la tan referida "pata de cabra". Y es igualmente cierto que, en términos generales o abstractos, no podría predicarse, respecto al acusado que no hubiera protagonizado la intimidación referida, una suerte de concierto o conocimiento y aceptación previa de que dicho instrumento, originariamente destinado a facilitar la entrada en la casa, pudiera ser empleado también para amenazar con él a eventuales moradores que pudieran encontrarse en el camino. Sin embargo, más allá de que merezca destacarse el agudo y esforzado argumento de la defensa, –en línea con la destreza profesional con la que articula su recurso–, el hecho cierto es que, en el caso, ambos acusados, aproximadamente una hora antes, habían protagonizado un intento de robo en casa habitada de semejantes características y, también descubiertos por uno de los moradores, habían agredido de consuno, sirviéndose también de la mencionada "pata de cabra", a quien entonces le sorprendió (el Sr. Jose Francisco). No lo hicieron afortunadamente en este segundo caso, tal vez porque aquí tuvieran la huida más franca o fueran distintas las condiciones de cualquier otra naturaleza apreciadas por ellos. Pero, indudablemente, lo que no puede negarse es que, en esas condiciones, también el acusado que no exhibió intimidatoriamente la "pata de cabra" aceptaba su empleo, del que muy poco antes se había hecho uso en una acción de semejantes características a la ahora analizada, para el caso de que resultara preciso si fueran descubiertos.

Por otro lado, encontrándonos frente a dos asaltantes, armados además con un instrumento peligroso, frente a un desavisado contrincante que acababa de descubrirlos tratando de entrar a su casa, instrumento peligroso del que, además, hicieron uso para amedrentarle, no resulta dable considerar que pueda ser demandada con razón la aplicación del subtipo atenuado que en el artículo 242.4 del Código Penal que se reserva para supuestos en los que la "menor entidad de la intimidación" así lo aconseje.

El motivo se desestima.



SEXTO.- Nuevamente al amparo de lo prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera el recurrente que la sentencia impugnada habría aplicado indebidamente lo prevenido en el artículo 241.4 del Código Penal, en relación con el artículo 235.1.9 de ese mismo texto legal (grupo criminal).

1.- Razona el recurrente, en el séptimo motivo de su recurso, en síntesis, que la actuación del acusado, Felicísima, se concretó aquí en su participación en un solo delito de robo con fuerza en las cosas, en el curso del cual no se determina cuántas personas habrían podido intervenir, exigiéndose, al menos, tres para que dicho subtipo agravado pueda ser de aplicación. Además, se argumenta que la referencia a que el acusado hubiese participado en la compra de instrumentos que eventualmente pudieran haberse utilizado en la comisión de otros robos no aparece reflejada en el relato de hechos probados ni puede, en consecuencia, ponderarse para vincular la actuación de éste con la que pudiera predicarse de los demás acusados.

2.- Lo cierto es, en primer lugar, que no podemos compartir el punto de vista del recurrente en cuanto a que su participación se contraiga a un solo delito. Parte la defensa de Felicísima de que, efectivamente, sólo se condena al mismo por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas y de que, a su parecer, no puede considerarse que este delito tenga la misma naturaleza que el robo con violencia o intimidación (frente a lo repetidamente afirmado por este Tribunal con respecto a la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia). En cualquier caso, lo cierto es que el artículo 235.1.9 del Código Penal, aplicable aquí al remitirse al mismo el 241.4, se refiere a *"el culpable que participe en los hechos como miembro de una organización o grupo criminal que se dedicara a la comisión de delitos comprendidos en este título, siempre que sean de la misma naturaleza"*, definición, en su último inciso, idéntica por cierto a la que se contiene, para la agravante de reincidencia, en el artículo 22.8 del Código Penal.

Pero es que, además, como se encarga de recordar por ejemplo nuestra reciente sentencia número 237/2019, de 12 de marzo: *<<la exigencia relativa a la pluralidad de delitos no se concreta en la necesidad de que en el momento del enjuiciamiento hubieran cometido varios actos delictivos, sino que se refiere a la configuración de la pluralidad de personas para la posible comisión de una pluralidad de delitos, pues lo que conduce a la codelinuencia es la formación espontánea del grupo para la comisión de un delito, quedando incluida en el concepto de grupo criminal la agrupación de más de dos personas configurada de forma capaz para cometer más de un delito, tal como ocurre en el caso>>*.

A la vista del motivo de impugnación escogido, y teniendo en cuenta que en la sentencia impugnada se declara explícitamente que el acusado formaba parte del grupo al que se alude en el apartado a) de dicho relato, es claro que no nos encontramos aquí frente a un simple supuesto de codelinuencia, sino ante la existencia de una estructura compuesta por varias personas (indudablemente más de dos) orientada, con un cierto carácter de permanencia y reparto de funciones, a la comisión de delitos como los que en dicho párrafo de la narración histórica se describen. No estorba recordar que, conforme explica nuestra sentencia número 731/2018, de 1 de febrero, el hecho probado, también de la sentencia entonces recurrida: *<<predica una estabilidad en el tiempo y una asunción de papeles funcionalmente complementarios que, referido de hecho a varias actuaciones delictivas, no puede desconocerse es perfectamente subsumible en el artículo 570 ter del Código Penal >>*.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Finalmente, en sus motivos octavo y noveno, también al amparo de lo contemplado en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia este recurrente sendas infracciones legales con referencia a los artículos 16 y 62 del Código Penal (respecto de los delitos de robo con violencia); y de los artículos 66 y 72 del mismo texto legal, protestando, en este segundo caso, porque no le haya sido impuesta la pena correspondiente a los diferentes ilícitos penales, en particular con relación al delito de lesiones, en su mínima extensión legal.

1.- Razona el recurrente que los delitos de robo con violencia o intimidación, cometidos en grado de tentativa, habrían permitido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 del Código Penal, una reducción de la pena hasta en dos grados, siendo que, en cambio, el Tribunal resolvió reducirla en uno solo, pese a que, según explica el recurrente, apenas nos encontramos ante una tentativa inacabada o, incluso, ante meros actos preparatorios impunes.

Además, explica con relación a su segunda queja que la aplicación al delito de lesiones del artículo 148.1º, resulta facultativa para el órgano enjuiciador, aunque dicha decisión debe sujetarse a los parámetros normativos explícitamente contenidos en dicho precepto cuando determina que la misma podrá adoptarse *"atendiendo al resultado causado o al riesgo producido"*. Se queja el recurrente de que, distintamente, el órgano jurisdiccional de primer grado tuvo aquí en cuenta la presencia de dos agresores para hacer aplicación del precepto lo que, a su juicio, aparece por entero desvinculado no sólo del resultado causado efectivamente al lesionado sino también del riesgo producido.



2.- Nuevamente nos encontramos aquí, conforme destaca el Ministerio Fiscal al tiempo de oponerse al recurso, ante cuestiones nuevas sometidas a la consideración de este Tribunal, en tanto no se dedujeron en el previo recurso de apelación. Y bastaría, con ello, nuevamente, para desestimarlas.

En cualquier caso, es claro que en ninguno de los dos delitos de robo con violencia o intimidación, cometidos en grado de tentativa, la conducta del acusado podría considerarse como la mera realización de actos preparatorios impunes. En el primer caso, es decir con relación a la vivienda propiedad de don Jose Francisco, ambos acusados fueron sorprendidos por éste cuando se encontraban forzando la ventana de una habitación, es decir cuando habían dado ya inequívocamente inicio a la ejecución de la conducta depredatoria. En el segundo, los asaltantes habían saltado ya el muro que cercaba la vivienda, cuando fueron sorprendidos por el Sr. Jacinto. Por otro lado, inequívocamente en el marco de la tentativa de delito, la reducción en uno o dos grados de la pena prevista para el delito consumado dependerá no tanto de que la tentativa se considere acabada o inacabada (categorías progresivamente abandonadas o reducidas a un papel secundario tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia), sino de los criterios expresados en el propio artículo 62, cuando alude al "*peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado*". En este caso, no puede dejar de ponderarse que fue la inesperada intervención de los propietarios de las viviendas la que puso término, a riesgo de su propia integridad física, a un intento depredatorio que presentaba un evidente peligro de que pudiera culminarse con éxito. Igualmente, y por lo que respecta ahora al delito de lesiones, es claro que la presencia de dos atacantes, golpeando ambos a la víctima, no puede desconectarse tampoco del riesgo producido al emplear, además, uno de los agresores, un instrumento inequívocamente peligroso.

El motivo, y con este la totalidad del recurso interpuesto por Felicísima, se desestima.

Recurso de Joaquín.-

OCTAVO.- Los dos primeros motivos de este recurso, aunque en apariencia basados en consideraciones bien diversas (el primero invocando el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y el segundo referido al artículo 849.1 del mismo texto legal), presentan, en lo sustancial, una identidad innegable. En ambos, pese a genéricas proclamaciones huérfanas de cualquier concreción, (se invoca, por ejemplo, el derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a no confesarse culpable o los principios de legalidad y seguridad jurídica), los razonamientos del recurrente se concretan en la pretendida vulneración de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, por considerar que la prueba practicada tiene naturaleza indirecta o indiciaria y que el juicio de inferencia se sustenta sobre razonamientos inconcluyentes o excesivamente abiertos, llegándose a afirmar, confusamente, que por eso habrían sido vulnerados también los principios de "*inmediación y contradicción*". Argumenta también quien ahora recurre que "*el reconocimiento fotográfico carece de validez cuando, como aquí, no ha sido corroborado en rueda*". Añadiendo, eso sí, en el segundo de sus motivos de impugnación, que habría sido indebidamente aplicado el subtipo agravado que sanciona la pertenencia a un grupo criminal (artículos 235.1.9 y 241.4 del Código Penal).

1.- Hemos señalado ya que en el marco del recurso de apelación previo el Tribunal Superior de Justicia implementó la garantía propia de la doble instancia por lo que respecta a la pretendida vulneración de la presunción de inocencia, quedando nuestra intervención confinada a los límites ya suficientemente descritos en el marco del motivo de impugnación paralelo aducido en el recurso sostenido por Felicísima.

Eso sentado, y por lo que respecta a la intervención en los hechos del ahora recurrente, la sentencia que es objeto de impugnación deja cumplidamente establecido, trayendo a colación los razonamientos ya expresados en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que el testigo presencial del primero de los robos con violencia identificó en el acto del juicio a las personas de sus asaltantes. Ya nos hemos referido también a la validez de esta clase de prueba al ocuparnos del recurso interpuesto por Felicísima, a cuyos razonamientos, con el propósito de evitar tediosas e inútiles reiteraciones, nos remitimos aquí. Se pondera también que el testigo identificó el vehículo en el que los dos asaltantes se marcharon del lugar y la circunstancia de que, ese mismo vehículo, y en poco más del tiempo preciso para salvar la distancia existente entre las dos poblaciones, fue empleado igualmente por los autores en el segundo de los delitos de robo, en este caso con intimidación, por lo que, conforme a lo que también hemos explicado con más extensión en el motivo anterior, unido ello al método empleado y a los instrumentos o herramientas exhibidas, se ha contado con indicios que sostienen con solidez la solvencia del juicio inferencial sobre cuya base se desvirtúa el derecho fundamental a la presunción de inocencia del recurrente. En cuanto al delito de lesiones, se ha explicado ya también que ambos autores golpearon a la víctima, resultándoles recíprocamente imputables los efectos lesivos que se produjeron.

En lo relativo al delito continuado de robo con fuerza en las cosas, observa quien ahora recurre que también resultarían, a su juicio, insuficientes los indicios tomados en consideración en la resolución recaída en la primera instancia. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia, analiza en su sentencia, la ahora impugnada, que partir de los indicios que resultaron acreditados en el acto del juicio, la Audiencia Provincial concluyó que



tres de los acusados, entre ellos el ahora recurrente, participaron activamente en los seis robos con fuerza descritos, tomando en consideración que todos ellos revisten características similares, en tanto producidos en viviendas de tipo unifamiliar o chalés y se cometen en un mismo horario de tarde/noche, fracturando puertas o ventanas a fin de acceder al interior de los diferentes domicilios. Se pondera también que los tres acusados se desplazaron, en las fechas en las que los delitos fueron cometidos, como aparece cumplidamente acreditado en las actuaciones, desde la localidad de Lleida hasta aquéllas en las que se encontraban emplazados los domicilios referidos, para regresar después, también juntos, a la localidad de origen, habiendo sido igualmente vistos antes de abandonar el vehículo en una parcela de tierra de Alcoletge, *"sin olvidar la recuperación de algunos de los efectos sustraídos"*. A este fin, se valora también que el Tribunal de primer grado tomó en consideración *"la ratificación de los agentes que realizaron las tareas de vigilancia en el domicilio usado como piso franco situado en la AVENIDA000 de Lérida y observaron a los acusados salir, regresar y portar bolsas utilizando el Seat Ibiza prestado a Joaquín en las franjas horarias en las que se cometieron los delitos; también los resultados obtenidos mediante los dispositivos de geolocalización en el lugar de los robos; las intervenciones telefónicas por las que se comprueba que algunos de los miembros del grupo concertaban sus encuentros; y las declaraciones de cada uno de los acusados, Ismael, en las que reconoce haber llevado en diversas ocasiones a súbditos albaneses, entre los que destaca Joaquín"*.

Así pues, en la sentencia ahora recurrida se analizan de forma bastante los diferentes indicios tomados en consideración por el órgano jurisdiccional de la primera instancia, ponderando que los condenados por este delito de robo con fuerza en las cosas continuado, salieron juntos desde la localidad de Lleida, habiendo sido geolocalizados en los diferentes lugares en los que se produjeron los robos, todos de características muy semejantes, regresando después al lugar de origen, portando diversas bolsas, y habiendo sido hallados en los registros domiciliarios que se practicaron diversos objetos (*"algunos de los efectos sustraídos"*), debiendo destacarse, además, que en el piso al que la resolución impugnada se refiere como *"franco"*, vivían en ese momento tres de los acusados, Ismael, Herminio y Hugo, ocupando estos dos últimos las dependencias que con anterioridad habían pertenecido al ahora recurrente, Joaquín, y a Felicísima.

Frente a ello, opone quien ahora recurre que, aun aceptando que los tres condenados por el delito continuado de robo con fuerza en las cosas hubieran salido y regresado juntos desde Lleida, e incluso que el vehículo pudiera haberse geolocalizado en las localidades en las que se produjeron los robos, siempre pudo haber cambios en el trayecto, sin que tampoco la circunstancia de que portaran bolsas al regresar que no fueron vistas a la salida, evidencie que en ella pudieran encontrarse objetos procedentes de los robos. Sin embargo, hemos señalado ya que, ciertamente, la prueba de indicios presenta siempre una cierta holgura propiciatoria, en términos abstractos o generales, de la posible construcción de otras alternativas. Lo relevante, sin embargo, es que las conclusiones alcanzadas a través de la misma alcancen un tan alto grado de probabilidad, no contradicho tampoco ni puesto seriamente en cuestión por cualquier clase de contraindicio de cierta solidez, que culmine por excluir, en concreto, cualquier otra hipótesis igual o parecidamente válida desde el punto de vista epistemológico.

El motivo se desestima.

2.- De un modo más armónico con el motivo de impugnación anunciando (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), también se queja la defensa de Joaquín de que no debió serle aplicado el subtipo agravado de pertenencia a grupo criminal contemplado en los artículos 235.1.9, en relación con el artículo 241.4 del mismo texto legal. Explica, en este sentido, el recurrente que no se ha probado que existiera entre los miembros del grupo ninguna clase de distribución de funciones; ni que se concertaran, asegura, para cometer los diferentes delitos; ni existen conversaciones acreditadas entre ellos que así lo justifiquen.

El presente motivo de impugnación no se separa, en sustancia, de los razonamientos sostenidos también en su recurso por Felicísima, habiendo siendo ya abordadas estas objeciones en el fundamento jurídico sexto de la presente resolución al que, lógicamente, nos remitimos aquí. Sirva reiterar que, a la vista del motivo de impugnación escogido, y teniendo en cuenta que en la sentencia impugnada se declara explícitamente que el acusado formaba parte del grupo al que se alude en el apartado a) de su relato de hechos probados, la desestimación resulta obligada. No nos encontramos frente a un simple supuesto de codelinuencia, sino ante la existencia de una estructura compuesta por varias personas (indudablemente más de dos) orientada, con un cierto carácter de permanencia y reparto de funciones, a la comisión de delitos como los que en dicho párrafo de la narración histórica se describen. El grupo criminal predica una estabilidad en el tiempo y una asunción de papeles funcionalmente complementarios que, referido de hecho a varias actuaciones delictivas, no puede desconocerse es perfectamente subsumible en el artículo 570 ter del Código Penal.

El motivo se desestima.



NOVENO.- Finalmente y en el que presenta como su tercer motivo de queja, denuncia este recurrente la que considera indebida aplicación de lo prevenido en los artículos 66.1.6ª y 74 del Código Penal.

1.- Razona en este sentido la parte recurrente que, por lo que respecta a los dos robos con violencia o intimidación por los que resultó condenado, la pena prevista en abstracto para dichas infracciones debió ser, a su parecer, reducida en dos grados (y no en un solo), atendiendo al grado de ejecución alcanzado, habida cuenta de que los asaltantes no llegaron a entrar en la casa, ni llegaron a apoderarse de objeto alguno. En cuanto al delito de lesiones, razona el recurrente que la pena impuesta no ha sido motivada de forma suficiente en la sentencia impugnada, siendo que, a su juicio, atendiendo a la escasa entidad de las lesiones, ningún motivo existía para no imponerla en su mínima extensión (dos años de prisión). Y finalmente, por lo que concierne al delito continuado de robo en casa habitada, se considera también excesiva la pena finalmente impuesta, *"sin que la misma se encuentre justificada"*.

2.- Por lo relativo a la pena impuesta al ahora recurrente como autor de sendos delitos de robo con violencia o intimidación en grado de tentativa, en el fundamento jurídico séptimo, número 3, de esta resolución nos ocupamos ya de una queja, idéntica en lo sustancial pero entonces sostenida por el también condenado Felicísima, y a aquellos razonamientos debemos ahora remitirnos. Lo cierto es que la decisión adoptada al respecto en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, se ajusta a los parámetros legales determinados en el artículo 62 del Código Penal, que no solo atiende al grado de ejecución alcanzado sino también al peligro inherente al intento, siendo que no puede aquí dejar de tomarse en cuenta que fue la inesperada intervención de los propietarios de las viviendas la que puso término, a riesgo de su propia integridad física, a un intento depredatorio que presentaba un evidente peligro de que pudiera culminarse con éxito.

En lo relativo a la individualización de la pena impuesta al recurrente como autor de un delito de lesiones, aunque el mismo se queja de que dicha decisión carece de motivación bastante al respecto, lo cierto es que la sentencia recaída en la primera instancia ya explicaba que se tomaban en cuenta para ello *"las circunstancias en las que se produjo el ataque físico, en particular la superioridad numérica de los atacantes"*, consideración que justifica plenamente la decisión que aquí se combate.

Finalmente, y por lo que respecta al delito continuado de robo con fuerza en las cosas, también se dejaba explicado en la resolución recaída en la primera instancia que, siendo la pena prevista en abstracto de dos a seis años, debe ser impuesta la misma en su mitad superior, al concurrir la agravante de reincidencia, invocándose también el número de delitos que integraron en este caso la continuidad.

Importa recordar que, conforme reiteradamente ha señalado este Tribunal, en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada con éxito cuando se haya recurrido a fines de la pena inadmisibles o se hayan tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (por todos, nuestro reciente auto número 125/2021, de 18 de febrero).

El motivo, y con él la totalidad del recurso interpuesto por Joaquín, debe ser desestimado.

Recurso de Herminio .-

DÉCIMO.- Como primer motivo de su recurso, al amparo de lo establecido en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, invoca la defensa de Herminio una pretendida vulneración de su derecho constitucional a la presunción de inocencia.

1.- Argumenta quien ahora recurre, en síntesis, que la sentencia recaída en la primera instancia se fundamenta, sustancialmente, en el resultado de las actividades de geolocalización de un vehículo que *"aparece en las localidades donde se han producido varios robos con fuerza en viviendas, vehículo del que en algún momento es pasajero nuestro representado"* y, a partir de esta consideración, entiende que se trata de un indicio notoriamente insuficiente para soportar con solidez el juicio de inferencia que se efectúa en la resolución impugnada.

2.- No se distancian sustancialmente estas quejas de las igualmente deducidas en el recurso interpuesto por Joaquín, que ya tuvieron respuesta en el fundamento jurídico octavo de esta resolución, a cuyos razonamientos, lógicamente, nos remitimos aquí. Sirva recordar, en cualquier caso, que la Audiencia Provincial explica en su sentencia que no ha contado con prueba bastante para establecer la identidad de los autores de una buena parte de los delitos por los cuales se formulaba acusación. Sin embargo, por lo que ahora importa, y en relación con los que determinaron la condena como autor de un delito de robo continuado con fuerza en las cosas en casa habitada de Herminio, se precisa también que el testimonio de los agentes NUM012 y NUM013 sirvió para ratificar las vigilancias que los mismos efectuaron el pasado día 26 de marzo observando que a las 19:52 horas salieron del portal número NUM003 de la AVENIDA000, sita en la localidad de Lleida, los acusados Joaquín y Ismael, junto a una tercera persona inicialmente no identificada, que se comprobó



después resultaba ser el ahora recurrente Herminio . Los tres accedieron al vehículo Seat Ibiza, matrícula R-...-IN . Y estos mismos agentes dieron cuenta en el acto del plenario de que, en las primeras horas del día siguiente, regresaron estos mismos tres acusados al punto de origen. Igualmente, obra en la causa el informe resultante de los aparatos de geolocalización empleados con respecto al mencionado vehículo, resultando así que desde las 21:19 horas hasta las 23:38 horas del día 26 de marzo dicho vehículo estuvo en la localidad de Vinaixa, en la que se produjo uno de los robos. Y en términos semejantes se analiza después el resultado de la prueba practicada respecto al robo cometido, el siguiente día 28 de marzo, en la localidad de Almenar, confirmándose también que los tres pasajeros se encontraban en dicha localidad entre las 21:08 horas y las 23:12 de ese día. Los siguientes delitos de robo fueron cometidos en la localidad de Linyola, el día 30 de marzo, volviendo a ser localizado en la referida localidad el mencionado vehículo, entre las 21:30 horas y las 23:30, habiéndose comprobado también que los mismos tres pasajeros iniciaron el viaje desde Lleida y regresaron después al punto de partida, portando, como igualmente quedó acreditado, *"una bolsa de plástico voluminosa y un bolso o maletín de color negro"*. Finalmente, por lo que respecta al delito de robo cometido en la localidad de Guissona, que tuvo lugar el día 29 de marzo, poco después de las 19:20 horas de ese día, los mismos tres acusados, entre ellos desde luego el ahora recurrente, esta vez junto a un cuarto (el también acusado Hugo), salían en el vehículo referido de la localidad de Lleida, regresando sobre las 23:45 horas, nuevamente portando bolsas de plástico. Y una vez más, en ese interregno, el automóvil fue localizado en la localidad de Guissona desde las 20:48 horas hasta las 22:53, añadiéndose, además, en este caso, que en una de las conversaciones resultantes de la intervención telefónica en la línea empleada por el acusado Joaquín , éste llamó a Ismael , precisamente a las 19:08 horas, para decirle que bajaran los tres, recogiendo después en la hora señalada el mencionado Joaquín en el domicilio de la AVENIDA000 , antes de ponerse en marcha con dirección a Guissona. Se pondera después por la Audiencia Provincial que la totalidad de los robos descritos revisten unas características similares, por lo que respecta a las viviendas asaltadas, al modo de acceso a las mismas, al horario en el que se produjeron, existiendo certeza razonable de que todos los acusados, –en particular ahora Jetmir–, se encontraban en las mencionadas localidades a la hora en la que los delitos fueron cometidos, *"sin olvidar la recuperación de algunos efectos sustraídos"*, así como el dato de que los tres compartían en ese momento la vivienda sita en la AVENIDA000 .

En estas circunstancias, y a partir de los referidos elementos, el Tribunal Superior de Justicia, confirma la solidez del juicio de inferencia que se contiene en la resolución recaída en primera instancia, con razonamientos que, también a nuestro parecer, lo sostienen en términos de altísima probabilidad, rayana en la certeza, sin que exista ninguna otra alternativa igualmente válida desde el punto de vista epistemológico.

El motivo se desestima.

UNDECIMO.- La misma suerte ha de correr el que, bajo su ordinal segundo, y en este caso buscando artificialmente la cobertura de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, articula el recurrente sobre la pretendida base de una indebida aplicación de los artículos 237, 238, 241.2, 3 y 4, en relación con el artículo 235.1.9, todos ellos del Código Penal. En efecto, el propio recurrente reconoce que se trata en este caso, en realidad, de una *"continuación"* del motivo primero, toda vez que: *"en aplicación del derecho a la presunción de inocencia no quedaría acreditada la participación en los hechos por los que se condena al ahora recurrente, y por tanto entendemos que es indebida la aplicación de los preceptos citados"*.

Basta con ello para comprender las razones que abocan a la desestimación de este motivo de casación. Ciertamente, en su desarrollo, se queja también la recurrente de que, conforme al relato de hechos probados que se contiene en las resoluciones impugnadas y que constituye aquí, en atención al motivo de impugnación escogido, base intangible de nuestra resolución, ni siquiera podrían considerarse acreditados elementos vinculados al empleo de fuerza en las cosas, habida cuenta de que, según el recurrente razona, respecto de los hechos identificados con los números 69 y 70, únicamente se afirma que sus autores *"pudieron acceder"* a las viviendas forzando sendas ventanas, expresándose así el órgano jurisdiccional de primer grado en términos de mera posibilidad o hipótesis, respecto al modo en el que se habría producido el acto depredatorio. Tampoco en este aspecto, sin embargo, tiene razón el recurrente. Ciertamente que en el *factum* de la resolución impugnada, se alude a que los autores de los delitos cometidos en las localidades de Vinaixa se introdujeron en la casa: *"a cuyo interior pudieron acceder forzando una ventana de la parte trasera de la vivienda"*. Más es notorio que aquí el empleo del verbo poder no se utiliza en términos de mera probabilidad o potencia, sino como modo explícito de explicar la manera en que les fue posible penetrar, en que pudieron efectivamente entrar, en la vivienda para cometer el robo.

DECIMOSEGUNDO.- Finalmente, en este caso al amparo de lo establecido en el 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera quien ahora recurre que en la resolución impugnada vendría a ponerse de manifiesto la existencia de un error en la valoración probatoria, pretendidamente evidenciada a través de



documentos obrantes en autos, literosuficientes, y que no resultaría contradicho por ningún otro elemento de prueba.

1.- Invoca en este caso el recurrente, como documento de contraste, el informe de recorrido del vehículo Seat Ibiza matrícula R-....-IN, pretendiendo que del mismo en ningún caso puede colegirse que el ahora recurrente permaneciese en el mencionado vehículo durante todo el trayecto, lo que lleva a concluir a quien recurre que erróneamente *"se vincula el recorrido del vehículo con el recorrido que podrían haber hecho las personas que en algún momento subieron a él"*.

2.- Es notorio que el documento invocado no se opone en absoluto a los hechos que se declaran probados ni, en definitiva, colma las exigencias que para el buen éxito de este motivo de casación vienen siendo exigidas por la jurisprudencia.

En realidad, se limita el recurrente en este último motivo de su impugnación, e insistir en la, a su juicio insuficiente, consistencia de los indicios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional para sustentar el juicio de inferencia que determinó el pronunciamiento condenatorio.

El motivo se desestima y, con éste, la totalidad del recurso sostenido por Herminio.

Recurso de Hugo.-

DECIMOTERCERO.- Primeramente, al amparo de lo establecido en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a partir también de lo establecido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia quien ahora recurre que habría sido vulnerado su derecho constitucional a la presunción de inocencia. Todo, naturalmente, con relación al delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada por el que Hugo resultó condenado.

1.- Razona este recurrente, en sustancia, que no fue hallada en la vivienda huella alguna expresiva de que el acusado accediera a la casa; ni se encontraron enseres procedentes de dicho delito de robo en poder del mismo; ni, en definitiva, ha sido identificado por ningún testigo como autor de los hechos.

2.- En realidad, vuelven a reproducirse aquí, consideraciones que ya tuvimos oportunidad de abordar extensamente al desestimar los paralelos motivos de impugnación sostenidos por los recurrentes Herminio y Joaquín, a cuyos fundamentos, lógicamente, nos remitimos.

En cualquier caso, lo cierto es que Hugo resultó condenado como consecuencia del delito cometido en la localidad de Guissona, a la que acudió, a bordo del tan mencionado vehículo, desde la vivienda que compartía en ese momento con otros dos acusados sita en la AVENIDA000 de Lleida. Ya hemos señalado que en la sentencia impugnada se destaca que aproximadamente a las 19:20 horas, estos cuatro acusados, partieron desde la localidad citada en último lugar, tras una previa conversación telefónica en la que Joaquín comunicaba con Ismael para que "bajaran los tres", recogiendo a la puerta del domicilio que compartían. Desde allí, consta que se dirigieron a la localidad de Guissona, donde el automóvil resultó geolocalizado desde las 20:48 horas hasta las 23:53 horas. Y consta también acreditado, conforme igualmente se ha explicado ya, que una vez regresaron los mismos cuatro ocupantes a la localidad de Lleida (AVENIDA000 número NUM003), descendieron del vehículo, tomando del maletero dos bolsas de plástico. Y ello debe valorarse en relación con las pruebas igualmente existentes de la comisión, por los otros tres ocupantes del automóvil, de diferentes robos con fuerza de parecidas características al que se cometió en la mencionada localidad de Guissona. Dicha prueba, valorada por la Audiencia Provincial, que percibió con inmediatez el desarrollo y vicisitudes de la practicada en el acto del juicio, sirvió para construir, a partir de los mencionados indicios, un sólido juicio de inferencia, excluyente de otras alternativas, igual o parecidamente probables, respaldado, tras la revisión en segunda instancia de lo resuelto, por el Tribunal Superior de Justicia, sin que se advierta error o insuficiencia alguna en dichos razonamientos.

El motivo se desestima.

DECIMOCUARTO.- Igualmente, y ahora al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera quien ahora recurre que habría sido aplicado indebidamente el artículo 238 del Código penal.

Sin embargo, en el desarrollo de este motivo de impugnación se aparta decididamente quien recurre del relato de hechos probados que se contiene en la resolución impugnada. Muchas veces hemos dicho que el motivo que denuncia la infracción de ley, obligadamente comportará la asunción de la narración histórica que la sentencia impugnada incorpora, pues no de otro modo es posible realizar, a partir de un relato fáctico ya inmovible y estable, el juicio de subsunción a que dicho motivo de queja se refiere. Así, el recurrente discurre en este caso acerca de la insuficiencia de la prueba indiciaria tomada en consideración por el órgano jurisdiccional de primera instancia, revisada ya en apelación, al entender que el juicio de inferencia descansa



en dos aisladas consideraciones, a saber: la convivencia en el domicilio de Ismael y *"el haber estado cerca de un vehículo sustraído, que según la policía se utilizaba para los desplazamientos"*.

Hemos analizado ya cumplidamente que no fue así, queriendo ignorar quien ahora recurre que el acusado, en compañía de otras tres personas, fue visto saliendo del domicilio sito en la localidad de Lleida, viajando en el vehículo referido hasta la de Guissona, y regresando de nuevo al punto de partida, portando sendas bolsas de plástico, en coincidencia con las horas y las circunstancias en las que se produjo el mencionado robo, en los términos que han sido ya extensamente explicados.

El motivo de impugnación se desestima y, con él, la totalidad del recurso sostenido por Hugo .

Recurso de Ismael .-

DECIMOQUINTO.- Al amparo de lo establecido en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aunque, por error material, se refiere el recurrente al artículo 862), en relación con lo prevenido en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

1.- En el desarrollo de esta queja, vuelve a insistirse en el testimonio prestado por los agentes de la Guardia Civil, que realizaba las labores de vigilancia, y en el informe de geolocalización del automóvil tantas veces aludido ya. Se pone de manifiesto que dicho turismo pudo haberse detenido en distintas ocasiones y emplazamientos durante los mencionados trayectos, permitiendo así el cambio sucesivo de sus ocupantes y sin que, en consecuencia, se tenga, siempre a juicio del recurrente, la suficiente certeza de que los robos se cometieran por las personas que iniciaron y culminaron el viaje desde el domicilio que compartían.

2.- Hemos señalado ya, sin embargo, que la suficiencia de la prueba indiciaria tomada en consideración para sustentar las conclusiones alcanzadas por la Audiencia Provincial, resultó oportunamente revisada en el marco del recurso de apelación seguido ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que se advierta que ninguna de las consideraciones contenidas en ambas resoluciones resulte manifiestamente errónea, insuficiente o excesivamente abierta. Nótese, por otro lado, que los seguimientos efectuados, en las condiciones y con las circunstancias ya tantas veces descritas a lo largo de esta resolución, no se produjeron de manera ocasional o circunstancial, sino con relación a varios delitos de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, cometidos, además, en forma y con características muy semejantes entre sí. Hemos señalado ya que cualquier valoración indiciaria, –también en muchos casos cuando se trata de pruebas directas–, deja siempre abierto un cierto espacio propiciatorio, en términos generales o abstractos, de otras eventuales alternativas. El análisis de suficiencia, sin embargo, debe realizarse en términos que permitan excluir razonablemente que cualquiera de dichas posibles soluciones alternativas pudiera resultar igual o parecidamente válida, en el ámbito de valoración propia de la experiencia común, convincente para la generalidad. Y por esas razones, en relación con los argumentos extensamente expuestos en los motivos de impugnación paralelos sostenidos por los demás recurrentes, debe ser también el presente desestimado.

DECIMOSEXTO.- Como segundo y último motivo de su recurso, al amparo ahora del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se considera indebidamente aplicado el artículo 24.1 de la Constitución española, no sólo por lo que respecta al derecho fundamental a la presunción de inocencia sino también por lo que concierne a la exigencia de motivación de las sentencias como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, invocando igualmente, de forma genérica, ya en el desarrollo de este motivo de queja, la prohibición de la arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones por los poderes públicos y el derecho a un proceso justo.

Argumenta, de nuevo, quien ahora recurre que *"no existe prueba de contenido incriminatorio suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, ni la prueba ha sido racionalmente valorada por la sentencia impugnada"*. Dejando aparte estas quejas, ya suficientemente analizadas hasta aquí, lo cierto es que, sin la debida separación formal, en el desarrollo de esta queja se invoca también la indebida aplicación de lo previsto en los artículos 237, 238, 241, 242 y 235.9 (rectius, 235.1.9) del Código Penal. Pero dicha invocación se concreta en insistir de nuevo en que el recurrente, Ismael , no se encontraba en los escenarios en los que se produjeron los hechos. También se observa a lo largo del desarrollo de este motivo de impugnación que con relación a uno de los delitos de robo con fuerza en las cosas se hace alusión a que los autores del mismo *"pudieron acceder a la vivienda"*, expresión que, como ya sucediera con respecto a otro de los recurrentes, quiere interpretar también éste en términos meramente condicionales, imprecisos o faltos de acreditamiento pleno. Ya señalamos entonces que el empleo del verbo poder en el factum de las resoluciones impugnadas no tiene aquí un significado meramente potencial, sino que describe la forma en la que fue posible, se pudo, acceder a la vivienda.

El motivo, y con éste la totalidad del recurso interpuesto por Ismael debe ser desestimado.

Costas.-



DECIMOSEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas deben ser impuestas a los recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar los recursos formulados por las representaciones procesales de Felicísima , Joaquín , Herminio , Hugo y Ismael , contra la sentencia núm. 34/2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 5 de junio, por cuya virtud se desestimaban los recursos de apelación interpuestos contra la dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, (Sección 1ª), número 25/2020, de 13 de febrero.

2.- Imponer a cada uno de los recurrentes las costas devengadas como consecuencia de su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD-03