



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 499/2015, de 24 de julio de 2015*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 289/2015*

#### **SUMARIO:**

**Pruebas de ADN. Consentimiento. Asistencia de letrado. Robo con violencia. Asesinato. Comunicabilidad del homicidio a todos los acusados.** El consentimiento para la toma de muestras biológicas para la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a parte del ADN, no requiere la asistencia letrada. No obstante la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado. Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético del imputado resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria. La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial. Empero es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado cuando el acusado no ha impugnado su licitud en fase de instrucción. Respecto al asesinato, el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación, que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa la muerte o unas lesiones, aunque solo alguno o alguna de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales.

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 139.

Constitución Española, art. 24.2.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.4.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 852.

#### **PONENTE:**

*Don Francisco Monterde Ferrer.*

#### **SENTENCIA**

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 289/2015, interpuesto por la representación procesal de D. Franco , contra la sentencia dictada el 7 de Enero de 2015 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Sala Nº 8430/2010 , correspondiente al Procedimiento Sumario nº 2/2010 del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Marchena que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito de asesinato y un delito de robo con violencia, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Franco , representado por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Pérez de Rada González de Castejón; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

## I. ANTECEDENTES

### Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 2 de Marchena, incoó Procedimiento Sumario con el nº 2/2010 en cuya causa la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 7 de Enero 2015 , que contenía el siguiente Fallo: "Que debemos absolver y absolvemos libremente por los hechos objeto de esta causa al acusado Matías , declarando de oficio la mitad de las costas causadas.

Y por esos mismos hechos debemos condenar y condenamos al acusado Franco , como autor de un delito de asesinato y de un delito de robo con violencia y uso de medios peligrosos, sin circunstancias modificativas de su responsabilidad, a las penas siguientes:

- por el delito de asesinato, diecisiete años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación absoluta;
- por el delito de robo, cinco años de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Asimismo condenamos al acusado Franco al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas en igual proporción las causadas por la acusación particular, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice conjuntamente a D.ª Patricia y D. Sebastián en las sumas de ciento cincuenta mil setecientos noventa y dos euros (150.792 €) por perjuicios morales y diez mil doscientos euros (10.200 €) por daños materiales, y a la entidad "Renovables Sur, S.L." en la suma de veintiún mil cuatrocientos cuarenta y ocho euros con ochenta y tres céntimos (21.448,83 €), por daños y perjuicios patrimoniales; cantidades todas ellas que desde esta fecha y hasta su completo pago devengarán un interés anual igual al legal del dinero, incrementado en dos puntos.

Acordamos que para el cumplimiento de la pena sea de abono al acusado Franco el tiempo que permaneció privado cautelarmente de libertad por esta causa, salvo el que, a partir del 23 de diciembre de 2010, pudiera habersele aplicado a la extinción de otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia.

Firme que sea esta sentencia, librese oficio al Centro Penitenciario en que se encontraba el acusado absuelto al efecto del posible abono en otras causas de la prisión provisional sufrida en esta.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Se declara, por notoria, la insolvencia de los acusados."

**Segundo.**

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos :

" PRIMERO.- Sobre las 19 horas del día 24 de noviembre de 2009 dos o más personas desconocidas intentaron penetrar en el recinto de la planta fotovoltaica denominada "Fotovoltajes Marchena", ubicada en la parcela n.º 25 del polígono 29 del catastro rústico del término municipal de Marchena y propiedad de la empresa "Sur de Renovables, S.L.". Para acceder a la planta los asaltantes practicaron con herramientas adecuadas un agujero en la alambrada metálica que circunda el recinto, sin llegar a entrar en él, al ser puestos en fuga por el vigilante de seguridad de la planta, D. Hilario , que se limitó a enfocarlos desde lejos con su linterna, lo que bastó para que huyeran.

**SEGUNDO.**

Unas ocho horas después, siendo ya las tres de la madrugada del día 25 de noviembre de 2009, un grupo de personas en número indeterminado, entre las que se encontraba el acusado Franco , consiguió entrar en la planta fotovoltaica antes mencionada; sorprendiendo al vigilante, que se encontraba en ese momento dentro del turismo de su propiedad. Los asaltantes rompieron con algún instrumento contundente las ventanillas de ambos lados del vehículo y sacaron al Sr. Hilario de su interior, comenzando a golpearlo con los instrumentos que portaban. El Sr. Hilario trató infructuosamente de protegerse del ataque, recibiendo golpes en la cara, brazo izquierdo, espalda y rodilla izquierda; hasta que los asaltantes consiguieron reducirla e inmovilizarlo con las mismas esposas que portaba para su labor de vigilante. Estando en esa situación, uno de los asaltantes, con ánimo de acabar con su vida, clavó al Sr Hilario en el ojo derecho un instrumento punzante no determinado, con tal fuerza que su punta fracturó la base del cráneo y penetró en el tejido encefálico.

**TERCERO.**

Mientras el vigilante yacía exánime a resultas de la herida descrita, los asaltantes, usando las herramientas que portaban, cortaron los cables de cobre de la instalación fotovoltaica, extrayéndolos de las arquetas por los que discurrían y apoderándose de una gran cantidad de metros. Los cables sustraídos y los daños causados en la planta ascienden a un total de 21.448,83 euros. Los asaltantes sustrajeron además los dos teléfonos móviles que portaba el Sr. Hilario , uno suyo particular y el otro propiedad de la empresa de seguridad para la que trabajaba, "Uniformada, S.L."

**CUARTO.**

Al marcharse de la planta, con los cables en su poder y abandonando a su suerte al Sr. Hilario , los asaltantes se llevaron también el vehículo propiedad del infortunado vigilante, un Dodge Caliber matrícula .... SKT , que más tarde incendiaron en un paraje denominado "Finca los Arroboneos", sito a 900 metros de la autovía A-4, a la altura del km 518, término municipal de Carmona. El turismo, que quedó completamente destruido, tenía un valor venal de 10.200 euros.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### QUINTO.

Sobre las 4:30 horas de esa misma madrugada el Sr. Hilario fue encontrado en el interior de la planta por un supervisor de la empresa de seguridad, que acudió al lugar alarmado porque no respondiera a sus llamadas. El maltrecho vigilante fue trasladado con vida al Hospital Virgen del Rocío de Sevilla, donde a pesar de los cuidados médico-quirúrgicos que se le prodigaron falleció cuarenta días después, el 10 de enero de 2010, como consecuencia de un shock séptico secundario a un absceso cerebral, producido a su vez por la infección causada por la herida penetrante en la masa encefálica.

Además de la herida que le causó la muerte, el Sr. Hilario presentaba las siguientes lesiones: fractura de cúbito y radio del antebrazo izquierdo, de carácter defensivo; fractura de la rama derecha de la apófisis transversa de la quinta vértebra lumbar; heridas contusas en región ciliar derecha, región auricular derecha y labio superior, esta transfixiante, y erosiones en mano izquierda, rodilla izquierda y región pretibial izquierda.

El Sr. Hilario , de 32 años de edad, no tenía hijos y convivía con sus padres, D. Sebastián y D.<sup>a</sup> Patricia .

#### SEXTO.

Una hora antes de que se produjera el primer y frustrado asalto a la planta fotovoltaica, el acusado Matías adquirió en una ferretería de Marchena una tijera corta-ramas de 80 cm, una sierra y dos hojas de sierra. Todas estas herramientas, y alguna otra similar, le fueron incautadas sobre las 23 horas del mismo día, cuando la furgoneta que conducía el acusado, en la que viajaban otras cinco personas indocumentadas y cuya identidad se ignora, fue interceptada por una patrulla de la Guardia Civil, al salir a la carretera Marchena-Paradas desde un camino de servicio agrícola, en una zona próxima a la ubicación de la mencionada planta.

#### SÉPTIMO.

El acusado Franco nació el NUM000 de 1987 y carece de antecedentes penales. El acusado Matías nació el NUM001 de 1989 y cuenta con antecedentes penales cancelables."

#### Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado D. Franco , anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 4 de Febrero de 2015, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

#### Cuarto.

Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 4 de Marzo de 2015, el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Pérez de Rada González, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes motivos:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Primero , por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

Segundo, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

Tercero, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

Tercero bis , por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

Cuarto, al amparo del art. 849.1 de la LECr , por infracción de ley y de los arts. 142 y 28 CP , indebidamente aplicados.

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

#### **Quinto.**

El Ministerio Fiscal por medio de escrito fechado el 13 de Abril de 2015 evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

#### **Sexto.**

Por providencia de 29 de Junio de 2015 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su deliberación y fallo el pasado día 14 de Julio de 2015 , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

El primero de los motivos se formula por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Se sostiene que para fundar el fallo condenatorio la sentencia de instancia se ha valido de pruebas nulas de pleno derecho, como la prueba pericial de ADN, ya que el párrafo segundo del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 24-9-2014, no le es aplicable , en cuanto nunca a la defensa del recurrente se le pudo exigir el límite temporal preclusivo de la reclamación para impugnar la prueba, por falta de letrado en la obtención de la muestra, cifrado en la fase de instrucción. Y ello porque lo ocurrido en la causa es que únicamente la defensa del coacusado Matías fue la que impugnó en su escrito de conclusiones los informes biológicos de ADN, no habiéndolo hecho ni durante la fase de instrucción, ni durante la fase intermedia la defensa del ahora recurrente. No obstante, el Ministerio Fiscal, como cuestión previa, a pesar de encontrarnos en un "procedimiento ordinario", aportó de manera sorpresiva y de oficio, las actas en las que se hacía constar el modo y manera en el



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

que habían sido obtenidas las muestras de ADN extraídas al recurrente y que habían servido para su identificación y cotejo en el registro policial. De modo que, siendo en ese momento cuando la defensa de Franco tiene conocimiento de esa documentación y de la violación de derechos fundamentales producida para la obtención de la muestra, y realizando inmediatamente la denuncia, no se le puede exigir que la impugnación hubiera debido hacerla en fase o momento anterior del procedimiento.

2. El Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda, de 24 de septiembre de 2014, es del tenor literal siguiente:

" ÚNICO PUNTO. PRIMERO: El consentimiento para la toma de muestras biológicas encaminadas a la obtención de ADN no codificante de una persona detenida cuando no esté orientada a la práctica de una prueba pertinente para el esclarecimiento del hecho que justificó la detención, sino a los efectos de su inclusión en la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a parte del ADN, no requiere la asistencia letrada .

SEGUNDO: No obstante la falta de asistencia letrada permitirá al afectado ejercer, conforme a la legislación reguladora del derecho de protección de datos, los derechos de información, acceso y cancelación del asiento practicado.

TERCERO: Los datos que obren en el Registro y no hayan sido objeto de cancelación podrán ser utilizados con fines de identificación en procesos penales ulteriores en los que la determinación del perfil genético del imputado resulte indispensable, sin perjuicio del derecho del investigado a su impugnación o interesar una prueba pericial contradictoria.

ACUERDO: La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial.

Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción. "

3. Tras la paladina confesión por parte del recurrente de que no realizó la impugnación de los informes biológicos de ADN "ni durante la fase de instrucción, ni durante la fase intermedia", poco más hay que añadir. La aplicabilidad de la última parte del Acuerdo de la Sala es manifiesta, y así lo determinó la STS nº 734/2014, de 11 de noviembre , que estimó el recurso de casación del Ministerio Fiscal contra la primera sentencia dictada por el tribunal de instancia en el mismo asunto que hoy nos ocupa.

Y la alegación de haber sufrido indefensión, debe igualmente ser rechazada. Como recuerda la STC 25/2011, de 14 de marzo , "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE , se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional ( SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3 ; 116/1995, de 17 de julio, FJ 3 ; 107/1999, de 14 de junio, FJ 5 ; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2 ; 237/2001, de 18



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de diciembre , FJ 5, entre otras muchas)" ( STC 25/2011 , FJ 7, citando la 62/2009, de 9 de marzo , FJ 4).

Por ello, tal como ha venido reiterando el TC, el contenido de la indefensión con relevancia constitucional queda circunscrito a los casos en que la misma sea imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales y que tenga su origen inmediato y directo en tales actos u omisiones; esto es, que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan (por todas, SSTC 109/2002, de 6 de mayo, FJ 2 ; 141/2005, de 6 de junio, FJ 2 ; o 160/2009, de 29 de junio ). Además, se ha enfatizado también que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" ( SSTC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4 ; 164/2005, de 20 de junio, FJ 2 ; y 25/2011, de 14 de marzo , FJ 7).

En nuestro caso, el propio recurrente reconoce que la única impugnación fue realizada por el coacusado Matías en su escrito de conclusiones provisionales, y en ningún momento por él. Y tal impugnación desde luego estuvo a su alcance -como lo estuvo al de la defensa del citado coacusado- porque el Informe sobre Muestras Biológicas obró en las actuaciones sumariales (fº 338 y ss) a su disposición, y en él constaba el origen de la muestra de ADN que iba a ser contrastada con la obtenida con motivo de los hechos que hoy nos ocupan. La indagación sobre todos sus extremos, y, en su caso, la impugnación, pudo haberla llevado a cabo temporáneamente y no lo hizo.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

### **Segundo.**

El segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Se alega que al folio 353 de las actuaciones consta el Informe Biológico del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil en el que se afirma que de la muestra indubitada, pantalón, se ha obtenido una mezcla de perfiles genéticos compatibles con la persona de D. Hilario y Franco . Asimismo, se hace constar que la muestra de Franco ha sido obtenida a través del perfil genético extraído al mismo en relación con un supuesto robo con violencia, instruido en la diligencias policiales NUM002 . Y en el testimonio de las DP 8349/2009 del Juzgado de Instrucción nº 9 de Sevilla, y su acta de notificación de recogida de muestras biológicas efectuadas al Sr. Franco , aportado por el Ministerio Fiscal en el momento inicial del juicio oral, se observa que en tal extracción no existió asistencia letrada , no habiéndose respetado sus derechos fundamentales, por lo que es nula esa prueba a tenor del Acuerdo Plenario de la Sala Segunda y del art. 11 LOPJ .

2. La alegación viene, en realidad, a ser una reiteración de lo ya expuesto en el motivo anterior. Evitando repeticiones y remitiéndonos a lo ya dicho, el motivo ha de ser igualmente desestimado.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### **Tercero.**

El tercer motivo se articula por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, y al derecho de defensa del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Se mantiene que se acredita, mediante la documental aportada por el Ministerio Fiscal, que no existe un acta de consentimiento, sino un acta de notificación de recogida de muestras. Con ello se evidencia que no existe consentimiento formal, por parte del ahora recurrente, para que se procediese a las muestras de frotis bucal indubitado. Así al no existir consentimiento alguno ni resolución judicial habilitante, resulta de derecho imperativo proclamar la nulidad de la prueba de ADN efectuada.

2. El recurrente se ciñe al rótulo o encabezamiento -que en efecto habla de " Acta de Notificación... "- de la diligencia que obra al folio 217 del Rollo de las actuaciones del tribunal provincial, más que a la realidad de la referida diligencia, donde se hace constar, con todo detenimiento, que "... se procede a la recogida de muestras biológicas de carácter indubitado consistentes en FROTIS BUCAL, mediante DOS hisopos...al detenido D. Franco a fin de...determinar su perfil genético... firmando la presente en prueba de conformidad...", por lo que carece de sustento su alegato.

Por otra parte, la previsión del citado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, y la consiguiente falta de impugnación en tiempo hábil, de que se ha tratado en los motivos anteriores, se extiende indudablemente a todas las causas en que pudiera basarse la reclamación, o mejor dicho, a todos los extremos que afectan al consentimiento informado, que es en realidad el requisito al que alude el referido Acuerdo Plenario y nuestra STS nº 734/2014, de 11 de noviembre , que lo aplica.

Por ello, el motivo ha de ser igualmente desestimado.

### **Cuarto.**

El motivo tercero bis se basa en infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE . al amparo del art. 5. nº 4 LOPJ y 852 LECr .

1. Para el recurrente la notificación referida en el motivo anterior se efectuó sin intérprete, a pesar de que el resto de diligencias policiales (fº 24 y 25 del testimonio de Instrucción 20), así como las declaraciones en sede judicial y lectura de derechos, se llevan a cabo con la presencia de la intérprete. Ello acredita que el Sr. Franco era desconocedor del idioma español, y la extracción de la muestra de ADN debió realizarse con tal asistencia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398 LECr , en relación con lo dispuesto en los arts. 440 a 442 de la LECr .

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

El derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional, permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquellas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente las sostenibles (Cfr. STS 11-7-2013, nº 615/2013 ).

3. La sentencia de instancia recurrida, en aplicación de la repetidamente citada de esta Sala nº 734/2014, de 11 de noviembre , da una respuesta a las pretensiones del recurrente que no puede ser tachada de extravagante ni de ilógica. Por otra parte, el examen de la diligencia referenciada, cuyo objeto, escasamente invasivo, era tan evidente y fácil de comprender, -aún por simples gestos o lenguaje corporal- como la realización de "un frotis bucal mediante dos hisopos de algodón", pone de manifiesto que se realizó una información comprensible para el inspeccionado, quien firmó con su doble huella dactilar, en prueba de tal conformidad.

De cualquier modo, como dijimos con relación al motivo anterior, la consiguiente falta de impugnación en tiempo hábil se extiende a todos los extremos que afectan al consentimiento informado, que es en realidad el requisito al que alude el referido Acuerdo Plenario y nuestra STS nº 734/2014, de 11 de noviembre , que lo aplica.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

#### **Quinto.**

- El motivo cuarto se formula al amparo del art. 849.1 de la LECr , por infracción de ley y de los arts. 142 y 28 CP , indebidamente aplicados.

1. Se sostiene que no concurren los elementos objetivos ni subjetivos del delito de asesinato. Y ello porque los hechos probados no exponen que el acusado fuera la persona que asesinó el golpe que acabó con la vida de la víctima, y no ha habido otro concierto de voluntades que el de robar cobre; habiendo uno de los asaltantes decidido acabar con la vida del vigilante, desviándose imprevisiblemente del plan inicial.

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Y, en efecto, debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr. (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr.

Así, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2, el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECr. han de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

3. En el apartado segundo de los hechos probados de la sentencia de instancia se relata que "Unas ocho horas después, siendo ya las tres de la madrugada del día 25 de noviembre de 2009, un grupo de personas en número indeterminado, entre las que se encontraba el acusado Franco, consiguió entrar en la planta fotovoltaica antes mencionada; sorprendiendo al vigilante, que se encontraba en ese momento dentro del turismo de su propiedad. Los asaltantes rompieron con algún instrumento contundente las ventanillas de ambos lados del vehículo y sacaron al Sr. Hilario de su interior, comenzando a golpearlo con los instrumentos que portaban. El Sr. Hilario trató infructuosamente de protegerse del ataque, recibiendo golpes en la cara, brazo izquierdo, espalda y rodilla izquierda; hasta que los asaltantes consiguieron reducirla e inmovilizarlo con las mismas esposas que portaba para su labor de vigilante. Estando en esa situación, uno de los asaltantes, con ánimo de acabar con su



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

vida, clavó al Sr Hilario en el ojo derecho un instrumento punzante no determinado, con tal fuerza que su punta fracturó la base del cráneo y penetró en el tejido encefálico".

En tal juicio histórico se sitúa al acusado, ahora recurrente, dentro del grupo asaltante de las instalaciones fotovoltaicas, atacante del vehículo del vigilante, así como de este último mediante múltiples golpes, de su inmovilización con las esposas, y presente en el momento en que uno de los asaltante clavó en el ojo derecho el objeto punzante a la víctima.

En ningún momento se relata una actuación separada, aislada, descontrolada del autor de pinchazo mortal, que pudiera proporcionar base para pensar en una desviación del curso causal, o una desviación imprevisible del plan inicial por parte de alguno de los copartícipes. Y como bien razona la sentencia recurrida (FJ noveno), "antes al contrario el extraordinario grado de violencia desplegado desde el primer momento apunta más bien a la conclusión de que todos ellos asumían desde el principio la posibilidad de que se produjera la muerte del vigilante como consecuencia de su acción".

Y como también recogen los jueces a quibus, la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. STS 1500/2002, de 18 de septiembre ) ha establecido que el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación, que no excluya a priori todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa la muerte o unas lesiones, aunque solo alguno o alguna de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales, pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite de modo más o menos implícito que en el iter del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva.

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

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.



#### **Sexto.**

El quinto motivo se articula, de modo subsidiario al anterior, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . al amparo del art 5.4º LOPJ y 852 LECr .

1. El recurrente considera que las hipotéticas pruebas que han servido de base para condenarle, no son válidas ni suficientes para enervar su derecho a la presunción de inocencia, en tanto que, el proceso mental razonador seguido por el tribunal de instancia, no se ajusta a los exigibles criterios valorativos de prudencia y racionalidad a la hora de analizar la prueba realizada, carente de toda base para imputar el delito de asesinato al Sr. Franco .

2. Como tantas veces ha dicho esta Sala, el motivo esgrimido viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen ( STS 12-2-92 ); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6- 98), conforme al art. 741 de la LECr , no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia ( STC. 126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero ). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr , implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.

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

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

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

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

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

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

Por el contrario, son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia. En este sentido se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación (Cfr. SSTS 22-9-1992 y 30-3-1993; 2-10-2003, nº 1266/2003)".

3. Además de lo ya expuesto con reiteración más arriba sobre la validez de la prueba, y sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, hemos de añadir que el tribunal de instancia explica en su fundamento de derecho octavo, cuando entra a valorarla, que "la prueba fundamental e irrefutable de que este acusado participó en el asalto a la central fotovoltaica que concluyó con la muerte violenta de su vigilante, viene constituida por el hallazgo de material biológico en el pantalón que llevaba puesto la víctima que coincide con el perfil genético del Sr. Franco, previamente codificado en la base de datos de la Guardia Civil, según acredita el informe pericial de ADN, ratificado en juicio por sus autores (folios 338 y ss. del sumario y 262-263 del rollo de sala). No es preciso a estas alturas detenerse a señalar la precisión y fiabilidad que ofrece la prueba genética, y la misma acredita en este caso tanto la presencia del acusado en el lugar de los hechos como que tuvo algún tipo de contacto con la víctima, que solo pudo tener lugar en el contexto de la comisión del delito, ya que ninguna otra relación tenía con ella. La tesis apuntada en su informe por la defensa de este acusado en el sentido de que el material genético que le incrimina pudo llegar al pantalón de la víctima a través de algún tipo de transferencia secundaria es puramente especulativa y carece de toda base probatoria.

Ciertamente, la ausencia de testigos, la falta de identificación de otros partícipes y la negativa a declarar de ambos acusados determinan que en esta ocasión la prueba genética sea, no ya la principal, sino la única que acredita la participación del Sr. Franco en los graves hechos enjuiciados. Pero esa única prueba positiva, de alto grado de fiabilidad y significación, se ve reforzada, como indicio complementario de su culpabilidad, por la propia negativa del acusado a declarar, renunciando así a una posible versión exculpatoria que pudiese dar una explicación alternativa más o menos inocua a la aparición de su huella genética en la ropa que vestía el fallecido".

Consecuentemente, ninguna censura puede efectuarse a la sentencia de instancia en esta vía casacional, y el motivo ha de ser desestimado.

#### **Séptimo.**

En virtud de lo expuesto procede desestimar el recurso de casación formulado por infracción de ley y de preceptos constitucionales por la representación de D. Franco, contra la

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

sentencia dictada con fecha 7-1-2015, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla , imponiendo al recurrente las costas de su recurso de acuerdo con las previsiones del art. 901 de la LECr .

### III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR, al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Franco , contra la Sentencia dictada el 7 de Enero de 2015 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla , en causa seguida por delitos de robo con violencia y asesinato.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas por su recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Tournon D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Francisco Monterde Ferrer D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.