

Id Cendoj: 28079120012007101006
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2135/2006
 Nº de Resolución: 1058/2007
 Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
 Ponente: JOSE RAMON SORIANO SORIANO
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x ASESINATO x
- x PRUEBA DE CARGO x
- x VALORACIÓN DE LA PRUEBA x
- x DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA x
- x INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA x
- x PREDETERMINACIÓN DEL FALLO x
- x PRINCIPIO ACUSATORIO x
- x OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA x
- x PRESUNCIÓN DE INOCENCIA x

Resumen:

Asesinato. Obstrucción a la Justicia. Amenazas. Absolución. Insuficiencia de prueba de cargo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil siete.

En los recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, que ante Nos penden, interpuestos por los acusadores particulares Enrique , Armando y Emilio y por los procesados Ángel , Juan Pablo , Luis Manuel , Jose Pedro , Rubén , Mariano , Javier y Germán , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, que les condenó por delito de asesinato, tenencia ilícita de armas y otros, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como recurridos Mauricio , representado por la Procuradora Sra. Rodríguez Gil; Carlos Jesús , representado por la Procuradora Sra. Oterino Sánchez; Carlos María , representado por la Procuradora Sra. Vázquez Senin y Jose Miguel , representado por la Procuradora Sra. Linares Cortés y estando dichos recurrentes representados: los acusadores particulares Enrique , Armando y Emilio , representados por la Procuradora Sra. de Haro Martínez, y los procesados Ángel , por el Procurador Sr.Rosch Nadal; Juan Pablo , por el Procurador Sr. Collado Martín; Luis Manuel , por el Procurador Sr. Donaire Gómez; Jose Pedro y Rubén , por la Procuradora Sra. Garnica Montoro; Mariano , por el Procurador Sr. García Zuñiga; Javier , por el Procurador Sr. Sánchez Jauregui Alcaide y Germán , por el Procurador Sr. Mardomingo Herrero.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Ceuta, instruyó Sumario con el número 5/2000 contra Javier , Ángel , Luis Manuel , Carlos Jesús , Carlos María , Germán , Mariano , Rubén , Jose Pedro , Juan Pablo , Mauricio , Jose Miguel , Jose Francisco y Juan María , y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, cuya Sección Sexta (con sede en Ceuta), con fecha veinticinco de julio de dos mil seis dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO.- Don Evaristo , conocido con el apelativo de " Botines ", circulaba el día 31-12-1999, alrededor de las 19.30 horas, acompañado por Dn Enrique , apodado " Zapatones " a los mandos del

vehículos marca Audi, modelo A3, matrícula PA-....-F , propiedad de Don Víctor , por la calle Rafael Orozco de Ceuta. Al llegar al ensanche de dicha vía, en la que se ubica la Iglesia de San Ildefonso, un grupo de personas de número indeterminado, entre los que se encontraban Don Luis Manuel , Don Germán , Don Rubén , Don Jose Pedro , Don Mariano y Don Juan Pablo , esperaban con el apoyo de tres turistas de la marcas Fiat, BMW y Peugeot al objeto de matar el primero de los citados, desconociéndose el reparto de las tareas que pudieran haber realizado previamente entre ellos para lograrlo. A tal fin abrieron fuego sobre el turismo desde su lado izquierdo, al menos de los dos últimos reseñados, impactando proyectiles en su interior a ambos ocupantes.

SEGUNDO.- Como consecuencia de los disparos Don Evaristo , perdió el control del automóvil que conducía e impactó con la parte delantera izquierda del mismo en la fachada de un inmueble situado a su izquierda según el sentido de la marcha, una vez esquivó un autobús ubicado en el mismo lado y detenido junto a una marquesina metálica colocada como parada. Tras ello se acercaron al mismo Don Juan Pablo y Don Mariano quienes comenzaron a dispararle a través de la ventanilla de la puerta izquierda o muy cerca de la misma, lo que fue presenciado por Don Enrique desde un lugar indeterminado tras abandonar el vehículo, ya fuese en marcha o una vez chocó con la edificación.

TERCERO.- Don Evaristo sufrió los siguientes menoscabos corporales como consecuencia de los impactos de balas:

- 1.- Una herida en región parietal izquierda, cuero cabelludo con pérdida de sustancia ósea.
- 2.- Una herida en región parietal derecha, cuero cabelludo, con pérdida de sustancia cutánea y ósea, así como con salida de masa encefálica, correspondiente a un orificio de salida.
- 3.- Una herida en región mandibular izquierda con fractura de la misma.
- 4 y 5.- Dos heridas en región esternocleidomastoidea derecha, ocasionadas por sendos orificios de salida.
- 6.- Una herida en el hipocondrio derecho por un impacto tangencial de bala.
- 7.- Una herida en el tercio proximal antero-externo del brazo izquierdo por impacto tangencial de bala.
- 8.- Una herida en el tercio proximal posterior del brazo izquierdo.
- 9 y 10.- Dos excoriaciones en el codo izquierdo por impactos tangenciales de balas.
- 11.- Una herida contusa en la región subescapular izquierda ocasionada por una bala muerta.
- 12.- Una herida en la región interescapular izquierda producida por la perforación de una bala.
- 13.- Una herida en la región vertebrolumbar izquierda, generada por la entrada en una bala.
- 14.- Una herida en la región lumbar derecha por orificio de entrada.
- 15 y 16.- Una herida en la mano izquierda a la altura del quinto metacarpiano ocasionada por la entrada de una bala, que produjo la fractura del mismo y del cuarto, así como otra de salida por el tercer espacio interdigital.
- 17.- Una herida de entrada en el muslo izquierdo, 1/3 distal cara externa.
- 18.- Una herida por entrada de bala en el muslo izquierdo, 1/3 distal cara externa.

Las reacciones del Sr. Evaristo en el interior del vehículo, donde se tuvo lugar su fallecimiento, al verse atacado o tras el impacto del mismo con el inmueble le produjeron, además, una fractura abierta de la falange proximal del segundo dedo de la mano derecha como consecuencia de una acción traumática contusiva y una herida incisa irregular en la región palmar de la misma.

CUARTO.- Los proyectiles disparados contra el automóvil ocasionaron a Don Enrique una herida en el tercio inferior del muslo izquierdo y otra en el tercio superior de la región gemelar de la pierna derecha.

QUINTO.- Don Enrique emprendió la huida tras contemplar los acontecimientos antes expuestos en

dirección a la denominada "cuesta del quemadero", momento en el cual fue detectado por alguna de las personas que se encontraban allí, saliendo en su persecución, al menos, Don Juan Pablo y Don Mariano , quien gritó que lo mataran. Alguno de ellos disparó con tal intención, aunque sólo le impactó una bala en el pie izquierdo, lo que le causó una herida a la altura del quinto dedo del mismo y le produjo una fractura de la base de su falange proximal.

SEXTO.- De todos los menoscabos corporales sufridos, ninguno de los cuales habría engendrado riesgo para su supervivencia, tardó en sanar Don Enrique treinta días. Dos de ellos requirieron hospitalización y durante quince habría estado impedido para el desarrollo de sus ocupaciones habituales, quedándole como secuela una cicatriz circular y deprimida de un centímetro de diámetro en la cara anterior del tercio medio-distal del muslo izquierdo, una de superficie irregular de doce por siete milímetros en la cara postero interna del tercio distal del muslo izquierdo, otra ovalada de diez por siete milímetros en la región postero-medial del tercio proximal de la pierna derecha, una más de nueve milímetros de diámetro en la región postero-externa del tercio proximal de la pierna derecha y, finalmente, otra en la zona plantar izquierda.

SÉPTIMO.- Don Javier y Don Ángel con el objeto de vengarse por actuaciones anteriores del Sr. Mariano o de eliminarlo como un posible competidor en el desarrollo de actividades ilícitas en la ciudad de Ceuta, fueron quienes ordenaron que se diera muerte al mismo, encontrándose en fecha próximas al día 31-12-1999 en el Reino de Arabia Saudita.

OCTAVO.- El día 12-1-2000 Don Javier y Don Ángel llamaron por teléfono a Don Enrique y le dijeron que cada uno de ellos le abonaría la suma de cincuenta millones de pesetas si modificaba las declaraciones que había prestado hasta el momento, de forma que no pudieran desvelarse cómo habían ocurrido, diciéndole el último que o tomaba "... el dinero o la muerte". En esa misma fecha ofrecieron a Doña Armando , hermana del difunto, una cantidad de dinero a través de Don Jose Francisco para que no propiciara a que se averiguara como habían ocurrido aquéllos, conminándole con la muerte en caso de no aceptar. A fin de llevar a término sus proposiciones obtuvieron de una fuente desconocida 50.000.000 pesetas, aprehendidos por agentes del Cuerpo Nacional de Policía varias horas después tras detectar a Don Ángel y a don Mariano en un vehículo, el cual, tras seguirlo, se detuvo ante el inmueble situado en la CALLE000 , número NUM000 de esta ciudad, del que, al menos, el cincuenta por ciento pertenece a Don Javier , sin perjuicio de otras personas lo utilicen habitualmente dándose a la fuga ambos tras percatarse de la presencia de aquéllos.

NOVENO.- El 31-12-1999 equivale al vigésimosegundo día del mes de Ramadán del año 1420 del calendario islámico."

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

"1) Condenamos a Don Germán como autor por inducción de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

2) Condenamos a Don Germán como autor de un delito consumado de obstrucción a la justicia a las penas de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo quince meses de multa a razón de cien euros de cuota diaria y al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

3) Condenamos a Don Germán como autor de un delito consumado de amenazas a las penas de un año y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años y al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

4) Absolvemos a don Germán como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

5) Absolvemos a Don Germán como autor de un delito consumado de coacciones y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

6) Condenamos a don Ángel como autor por inducción de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de

las costas procesales.

7) Condenamos a Don Ángel como autor de un delito consumado de obstrucción a la justicia a las penas de dos años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo, quince meses de multa a razón de cien euros de cuota diaria y al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

8) Condenamos a Don Ángel como autor de un delito consumado de amenazas a las penas de un año y nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años y al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

9) Absolvemos a don Ángel como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

10) Absolvemos a Don Ángel como autor de un delito consumado de coacciones y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

11) Condenamos a Don Luis Manuel como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

12) Absolvemos a Don Luis Manuel como autor directo de un delito de asesinato intentado y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

13) Condenamos a Don Germán como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

14) Absolvemos a Don Germán como autor directo de un delito de asesinato intentado y declaramos de oficio 1/15 parte de las costas procesales.

15) Condenamos a Don Rubén como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

16) Absolvemos a Don Rubén como autor directo de un delito de asesinato intentado y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

17) Condenamos a Don Mariano como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de diecisiete años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

18) Condenamos a Don Mariano como autor directo de un delito intentado de asesinato a las penas de siete años y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo y prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante el mismo plazo, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

19) Condenamos a Don Jose Pedro como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de dieciséis años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

20) Absolvemos a Don Jose Pedro como autor directo de un delito de asesinato intentado y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

21) Condenamos a Don Juan Pablo como autor directo de un delito consumado de asesinato a las penas de diecisiete años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el mismo plazo y la prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante cinco años, así como al pago de 1/15 parte de

las costas procesales.

22) Condenamos a Don Juan Pablo como autor directo de un delito intentado de asesinato a las penas de siete años y seis meses de prisión, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y prohibición de residir y acudir a la ciudad de Ceuta durante el mismo plazo, así como al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

23) Condenamos a Don Jose Francisco como autor directo de un delito de amenazas a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo plazo y al pago de 1/15 parte de las costas procesales.

24) Absolvemos a Don Jose Francisco como autor de un delito continuado de obstrucción a la justicia y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

25) Absolvemos a Don Carlos Jesús como autor de un delito consumado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

26) Absolvemos a Don Carlos Jesús como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

27) Absolvemos a Don Carlos María como autor de un delito consumado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

28) Absolvemos a Don Carlos María como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

29) Absolvemos a Don Mauricio como autor de un delito consumado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

30) Absolvemos a Don Mauricio como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

31) Absolvemos a Don Jose Miguel como autor de un delito consumado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

32) Absolvemos a Don Jose Miguel como autor de un delito intentado de asesinato y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

33) Absolvemos a Juan María como autor directo de los delitos de receptación y encubrimiento y declaramos de oficio una 1/15 parte de las costas procesales.

34) Condenamos a Don Luis Manuel , Don Germán , Don Rubén , Don Jose Pedro , Don Mariano , Don Juan Pablo , Don Javier y Don Ángel a abonar a Doña Armando , solidariamente y por partes iguales, la cantidad de 70.447,81 euros en concepto de responsabilidad civil.

35) Condenamos a Don Mariano y Don Juan Pablo a abonar a Don Rubén , solidariamente y por partes iguales la suma de 35.563,95 euros en concepto de responsabilidad civil.

36) Ordenamos el comiso de 300.506,05 euros del total de las sumas aprehendidas.

37) Las costas procesales no comprenderán las generadas a las acusaciones particulares.

En caso de que Don Javier y Don Ángel no abonasen la multa impuesta equivalente a 45.000 euros, y se consiga hacerla efectiva por la vía de apremio, podrán verse sometidos a un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas.

Expídase testimonio de esta resolución y del acta del juicio oral y remítase al juzgado decano de esta ciudad a los efectos previstos en el fundamento de derecho trigésimo.

Notifíquese la presente sentencia a los acusados personalmente, así como a través de su representación procesal, y por el mismo medio a las acusaciones particulares y al Ministerio Fiscal por los cauces ordinarios de comunicación con el mismo.

Esta sentencia no es firme, pudiendo interponerse contra la misma el recurso de casación, que habrá de prepararse en el plazo de cinco días desde la última notificación de esa resolución.

Llévese el original de esta resolución al libro correspondiente, quedando en los autos testimonio de la misma."

A continuación de la presente sentencia se emitió voto particular por el Magistrado D. Jesús Carlos Bastardés Rodiles-San Miguel, con varias rectificaciones hechas a dicho voto particular, todo lo cual consta en los autos y rollo de esta Sala.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma por los acusadores particulares Enrique , Armando y Emilio , y por los procesados Ángel , Juan Pablo , Luis Manuel , Jose Pedro , Rubén , Mariano , Javier y Germán , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

4.- El recurso interpuesto por la representación de los acusadores particulares Enrique , Armando y Emilio , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal*, por vulneración del *art. 24.2 de la Constitución (presunción de inocencia)*. Segundo.- *Por infracción de ley* al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.1 L.E.Criminal*. Tercero .- De la carencia de fuerza vinculante del voto particular emitido por el Magistrado D. Jesus Carlos Bastardes Rodiles-San Miguel en resolución de 25 de julio de 2006.

El recurso interpuesto por la representación del procesado Mariano , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal*, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la Constitución*). Segundo.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.1 L.E .Criminal*, por aplicación indebida de los *arts. 139, 16.1 y 62 del Código Penal* .

El recurso interpuesto por la representación del procesado Javier , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.2 de la L.E.Criminal* por error en la apreciación de la prueba. Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal*, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la Constitución*).

El recurso interpuesto por la representación del procesado Germán , se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Único.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la Constitución*).

El recurso interpuesto por la representación del procesado Luis Manuel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.- Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal*, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la Constitución*). Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de igualdad (*art. 24-1 y 14 de la Constitución*).

El recurso interpuesto por la representación del procesado Juan Pablo , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 L.E .Criminal*, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la Constitución*). Segundo.- Por infracción de *precepto constitucional al amparo del asrt. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1de la Constitución* en relación con el *art. 712 de la L.E .Criminal*). Segundo bis).- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 de la L.E .Criminal* por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 de la Constitución: falta de claridad y de motivación*). Tercero.- Por infracción de ley al amparo de lo dispusto en el *art. 849-1º L.E .Criminal* por aplicación indebida del *art. 139 del Código Penal*. Cuarto .- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.2 de la L.E.Criminal* por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos.

El recurso interpuesto por la representación del procesado Jose Pedro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (*art. 24.2 de la*

Constitución). Motivos Segundo a Sexto.- Todos por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.2 L.E .Criminal* por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos. Séptimo.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º L.E.Criminal (falta de claridad)*. Octavo .- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º L.E.Criminal (contradicción)*. Noveno .- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º L.E.Criminal (predeterminación del fallo)*. Décimo .- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.3º de la L.E.Criminal (incongruencia omisiva)*. Undécimo .- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.1º L.E .Criminal* por aplicación indebida de los *arts. 139, 27 y 28 del Código Penal* . Duodécimo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal* en relación con el *art. 5.4 L.O.P.J* . por vulneración del derecho a la tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías (*art. 24.1* de la Constitución).

El recurso interpuesto por la representación del procesado Rubén , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho fundamental a la presunción de incoencia (*art. 24.2* de la Constitución). Segundo a Sexto.- Todos por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.2 de la L.E.Criminal* por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos. Séptimo a Noveno.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º L.E.Criminal (falta de claridad, contradicción y predeterminación)*. Décimo .- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el *art. 849.1 L.E .Criminal* por aplicación indebida de los *arts. 139, 27 y 28 del Código Penal*. Undécimo .- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo dispuesto en el *art. 852 L.E .Criminal* en relación con el *art. 5.4 de la L.O.P.J* . por vulneración del derecho a la tutela judicial y el derecho a un proceso con todas las garantías (*art. 24.1* de la Constitución).

Y el recurso interpuesto por la representación del procesado Ángel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º L.E.Criminal (falta de claridad)*. Segundo .- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el *art. 851.1º de la L.E.Criminal (predeterminación del fallo)*. Tercero .- Por infracción de ley al amparo del *art. 849.2 de la L.E.Criminal* por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos. Cuarto, Quinto y Sexto.- Por infracción de Ley al amparo del *art. 852 L.E .Criminal* y por infracción del precepto constitucional que consagra el derecho a la presunción de inocencia (*art. 5.4 L.O.P.J* y *24.2 de la Constitución española*). Séptimo .- Por infracción de precepto constitucional al amparo del *art. 852 L.E .Criminal* por vulneración del derecho a ser informado de la acusación (*art. 24* de la Constitución). Octavo.- Por infracción de ley al amparo del *art. 849.1 L.E .Criminal* por aplicación indebida de los *arts. 28 y 139 del Código Penal* .

5.- Instruído el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos pidió la inadmisión de todos los motivos alegados en los mismos, habiéndose dado traslado igualmente a todas las partes de los respectivos recursos de todos los recurrentes; la Sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 28 de Noviembre del año 2007.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de los acusadores particulares Enrique , Armando y Emilio .

PRIMERO.- Tres motivos plantean, el primero de los cuales está dirigido a censurar al tribunal de instancia por no haber condenado a los cuatro acusados que resultaron absueltos. No indican cauce procesal y por tanto se desconoce la razón de la protesta, aunque del extracto inicial parece desprenderse que el derecho infringido es el de presunción de inocencia que, a su juicio, ampara a toda persona, sobre la que no puede recaer sentencia condenatoria sin que se aduzca prueba de cargo capaz de enervarla.

1. Hace una referencia a las limitaciones probatorias de aquellos supuestos en que el delito se comete entre agresor y agredido sin otros testigos adicionales, situación en la que sería suficiente para destruir el derecho presuntivo con el único testimonio del ofendido, sin perjuicio de que fuera sometido dicho testimonio a las cautelas que esta Sala viene indicando, en aras al aseguramiento de la veracidad de las manifestaciones hechas, que en última instancia corresponde valorar al tribunal de inmediación. A su juicio, tales filtros, orientaciones o sugerencias han sido cumplidas, por lo que el tribunal optó por atribuir credibilidad a la víctima. Recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se otorga pleno valor probatorio al testimonio del ofendido, aunque no se trate de una genérica prueba testifical de tercero no afectado por el asunto y menos si además se constituye en acusador particular. Así y todo el valor

probatorio de su dicho posee capacidad para enervar el derecho que se supone vulnerado.

Concluye su argumentación analizando las declaraciones testificales y demás pruebas de cargo concurrentes en los cuatro procesados absueltos para solicitar la condena.

2. Los razonamientos de los recurrentes suponen un apartamiento de los hechos probados a los que debemos plena sumisión (*art.884-3 L.E.Cr .*), a la vez que un intento de que este Tribunal de casación, a espaldas del principio de inmediación, vuelva a valorar la prueba, ahora contra reo, lo que constituye un absurdo, ya que la valoración hecha por el tribunal de instancia no es fiscalizable en casación.

Las reglas o cautelas que se utilizan para valorar las declaraciones de la víctima se establecen como filtros o estándares con vistas a contrastar su aptitud para enervar la presunción de inocencia.

Tienen razón los acusadores cuando aseguran que la declaración de la víctima puede ser suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria, pero el planteamiento como bien apunta el Fiscal, no es reversible. Existe un derecho fundamental a no ser condenado sin la concurrencia de una mínima actividad probatoria de cargo, pero no existe un derecho constitucional a que un acusado sea condenado, si concurrió prueba y al tribunal sentenciador no se convenció de su culpabilidad. No cabe hablar de una presunción de inocencia "al revés" o "invertida" como ha tenido ocasión de repetir esta Sala.

En definitiva, lo que los recurrentes hacen es tratar de acreditar la credibilidad del testimonio de la víctima adentrándose en un terreno vedado en casación al valorar de modo diferente las pruebas del proceso.

Por último, se añade un argumento incontestable que daría al traste con el motivo en la línea jurisprudencial impuesta por el Tribunal Constitucional, que proclama que el tribunal ad quem no puede revocar una sentencia absolutoria, condenando en base a elementos probatorios cuya práctica no ha tenido lugar a su presencia, esto es, sin cumplir con el principio procesal de inmediación, que se inserta en el derecho a un proceso con todas las garantías, doctrina invariablemente sostenida desde la sentencia del T.C. nº 167/2002 de 18 de septiembre .

Por todo ello el motivo debe declinar.

SEGUNDO.- En el correlativo se aduce infracción de *ley (art. 849-1º L.E.Cr.)*, por dos razones: una por no acordar la prisión preventiva de los acusados, que se hallan en libertad a pesar de las graves condenas impuestas (*art. 504 L.E.Cr .*), y la segunda para que las penas impuestas se eleven a las máximas posibles, entendiéndose que el precepto infringido sería el *art. 66 C.Penal .*

1. La queja, en síntesis, se contrae a la disconformidad con la situación procesal de los acusados condenados en la instancia con el correspondiente riesgo de fuga, y la desatención o inobservancia por parte de la Audiencia de los criterios normativos impuestos a la hora de fijar las diferentes penas.

2. Las dos alegaciones se hallan carentes del menor fundamento.

Por un lado el *art. 504 L.E.Cr .* no constituye un precepto sustantivo, por cuya correcta aplicación deba velar esta Sala de casación. Constituye una medida cautelar a la que es ajena y así lo evidencia la propia Ley Penal de Ritos que atribuye la competencia de todas las decisiones recaentes sobre este aspecto a la Audiencia Provincial (*art. 861 bis a-3º L.E.Criminal*).

Respecto al segundo extremo no es posible acceder a la queja, ya que la decisión individualizadora del tribunal se halla librada a su exclusiva discrecionalidad, limitándose esta Sala de casación a controlar la observancia de los parámetros legales dentro de los cuales debe moverse el arbitrio, cuando existen (arbitrio normado) y evitar cualquier decisión absolutamente desproporcionada, irracional o absurda (*art. 9-3 C.E .*).

Los criterios para individualizar son flexibles y se refieren a las circunstancias en general concurrentes en el hecho y las condiciones personales del sujeto, y en este particular el tribunal de instancia ha razonado y justificado las distintas penas a imponer dentro del marco penológico delimitado por el tipo delictivo que aplica. Los fundamentos jurídicos de la sentencia vigésimo sexto y vigésimo séptimo (pag. 106 a 110), no descubren déficit alguno de motivación ni apartamiento de los criterios legales que han de orientar esa discrecionalidad, moviéndose en la línea de lo procedente y razonable.

El motivo se desestima.

TERCERO.- En el ordinal correlativo parece plantear otro motivo, pero no indica cauce procesal, ni efectúa alegación alguna sobre quebrantamiento de forma, vulneración del derecho fundamental o supuestos de infracción de ley.

Los recurrentes en este apartado se limitan a hacer unas manifestaciones o advertencias relativas a la naturaleza y alcance del voto particular formulado a esta sentencia.

Es cierto que lo que tiene valor decisivo es la sentencia y no el voto particular, que carece de esa fuerza vinculante, lo que no quita que carezca de toda virtualidad, al hallarse regulado procedimentalmente tal discrepancia decisiva (art. 861-1º L.E.Cr.), debiendo ser conocido por las partes procesales y el Tribunal superior que debe resolver, ya que en el fondo constituye una opinión razonada, con las garantías de imparcialidad y objetividad, y que también participa de la misma inmediación que tuvieron la mayoría de los magistrados. Lógicamente la decisión de la Audiencia es la sentencia.

Los alegatos carecen de inoperancia.

Recurso de Ángel y Javier .

CUARTO.- Los recursos de los ocho condenados deberán analizarse en dos bloques, en aras a una más correcta sistemática casacional, en especial teniendo en consideración los delitos por los que han resultado condenados y los motivos o argumentos que aducen en casación.

Por un lado se examinarán los motivos articulados por los que la sentencia de instancia condenó como inductores de un delito de asesinato, por obstrucción a la justicia y amenazas. Por otra parte se estudiarán los recursos formalizados por los otros seis recurrentes, que vienen condenados, dos de ellos, como autores de un asesinato consumado y tentativa de asesinato (Mariano y Juan Pablo) y los cuatro restantes por asesinato consumado.

1. Comenzando por Ángel , en el primero de los motivos alega quebrantamiento de forma, al amparo de los artículos 851-1º, primer inciso y 142-2 L.E.Cr., así como el 126-3 C.E. y 248-3 L.O.P.J. por incurrir la sentencia en falta de claridad y predeterminación respecto de su relato fáctico al no expresarse de forma nítida y terminante cuáles son los hechos que se declaran probados.

Se sustenta el presente motivo casacional por la imprecisión, vaguedad y absoluta falta de claridad de que adolece la síntesis histórica contenida en el apartado probatorio que se relaciona en la sentencia dictada por el órgano enjuiciador y sobre la que posteriormente deben proyectarse las valoraciones jurídicas que desembocan en el fallo, deviniendo dicho relato fáctico de todo punto incomprensible por dubitativo, ambiguo e indeterminado respecto de relevantes extremos que inciden directamente en la calificación y racional valoración de los hechos enjuiciados, de manera que no cabe sino advertir que nos hallamos ante una resultancia histórica carente de la mínima precisión, generadora de un alto grado de confusión que impide su adecuada comprensión.

De forma particular echa en falta en el relato probatorio mayor precisión en muchos aspectos, como señalar el número exacto de las personas que materializan el asesinato, la actuación precisa de cada uno de ellos, quién efectuó en concreto cada uno de los disparos, de donde procedían, cuál fué el móvil delictivo, de dónde provenía el dinero intervenido, etc. etc. 2. El recurrente no ha elegido el cauce procesal adecuado. La queja por determinadas expresiones dubitativas en los hechos probados o la plasmación de algunas impresiones no constituye falta de claridad. La sentencia consigna en el factum los hechos claros, como claros, los dudosos como dudosos y los imprecisos como imprecisos. Lo que no se puede en aras a la claridad es dar por probado lo que no lo estaba. No puede pretenderse con el pretexto de una ficticia falta de claridad que los hechos probados lleguen más allá de donde alcanzó la actividad probatoria.

Por otra parte la determinación alternativa de los hechos es técnica admisible en casación y puede referir el tribunal sentenciador dos o más posibilidades fácticas como hipótesis posibles. Las dificultades, en caso de que el hecho probado quedara reducido excesivamente o insuficiente, podrían repercutir en el juicio de subsunción, que debe producirse con posterioridad.

La falta de claridad como déficit formal, tendría lugar en casos de incomprensión sobre lo que se quiso expresar en la sentencia, bien por el empleo de frases ininteligibles, bien por omisiones, bien por el empleo de juicios dubitativos esenciales, por carencia absoluta de supuestos fácticos o por la mera

descripción del resultado de las pruebas sin afirmación del juzgador.

Si por la debilidad probatoria el *factum* resulta incompleto para estimar delictiva la conducta imputada y resultara imposible la aplicación en un precepto penal sustantivo, constituiría un problema diferente (juicio de subsunción).

En nuestro caso el relato histórico se comprende y entiende y en él se ha hecho constar todo lo que pudo probarse sobre el objeto de la pretensión procesal acusatoria.

De ahí que el motivo debe rechazarse.

QUINTO.- El segundo motivo, también por quebrantamiento de forma, lo residencia en el *art. 851-1º inciso tercero de la L.E.Cr.* por consignar en hechos probados conceptos que, dado su carácter jurídico, implican predeterminación del fallo.

1. La relación de hechos probados que vierte la sentencia combatida -según el recurrente- contiene un conjunto de expresiones que encierran un eminente carácter jurídico, las cuales, al consistir en elementos esenciales u nucleares del tipo aplicado -tipo de inducción en un delito de asesinato- guardan una relación causal y directa con el fallo de la sentencia, de manera que lo predeterminan sustituyendo la necesidad de exteriorización de los hechos que se tienen por acreditados por su propia subsunción o calificación jurídica.

El término que el recurrente estima predeterminante se ciñe a la palabra "ordenaron", referido a la actuación de Javier y Ángel, para que los ejecutores llevaran a la práctica el ilícito plan.

2. La expresión es absolutamente vulgar e inteligible para cualquier profano, sin ninguna significación jurídico-penal precisa y distinta de la común. Ordenar es tanto como mandar que se haga algo o se realice una cosa, lo que supone que entre quienes dan las órdenes y los ejecutores existe una relación de jerarquía, que compele y condiciona a obrar a estos últimos.

En cualquier caso la expresión no trata de sustituir ni sustituye a una descripción fáctica por su conceptualización jurídica, sino que es el propio término el que describe una acción perfectamente comprensible, que por sí misma no constituye un delito.

Lo que no puede exigirse es que el relato probatorio no predetermine el fallo, en el sentido de que su descripción encierre todos los elementos que configuran el tipo delictivo que después se aplica. Si eso no ocurriera solo sería posible, por sistema, la absolución del acusado. Los hechos probados precisamente se dirigen a delimitar de forma comprensible una conducta que encaja perfectamente en la descripción típica del delito por el que se acusa.

Consecuentes con lo dicho el motivo debe decaer.

SEXTO.- El motivo tercero de Ángel coincide con el primero de Jose Miguel, y en él se denuncia un error de hecho deslizado por el tribunal (*art. 849-2 L.E.Cr.*) derivado de documentos obrantes en autos.

1. Sostienen que la llamada efectuada conjuntamente por ambos (Jose Miguel y Ángel) que tuvo lugar, según el relato probatorio, el 12 de enero de 2000 no pudo producirse, no sólo por ausencia de pruebas sobre este extremo, sino porque en tales fechas ambos procesados no se encontraban juntos.

Como documentos se invocan los folios 311 y 312 del Tomo II de las actuaciones, en donde aparecen dos billetes de barco de la Compañía Transmediterránea, S.A., uno del trayecto de Ceuta a Algeciras (día 11 de enero de 2000 a las 20 horas) y otro de la Compañía Buquebús España S.A., expedido para el embarque del vehículo del trayecto Algeciras a Ceuta, el día 12 de enero de 2000, a las 14 horas. Aduce que si Ángel (conocido como Carlos Ramón) estaba en Ceuta, no pudo efectuarse la llamada conjuntamente.

2. El motivo no evidencia una realidad distinta a la que el tribunal de instancia plasmó en el *factum*. En el fundamento jurídico 15º, pag. 86 de la sentencia, razonó certeramente sobre la inocuidad de los documentos invocados para provocar una alteración de los hechos probados.

Los billetes del trayecto Ceuta-Algeciras de la Cia. Transmediterránea no son nominativos, y además son abiertos, es decir con ellos se puede hacer el viaje por una u otra persona y en uno u otro momento. En

las tarjetas de embarque de Buquebús tampoco se reseña a la persona que las usa, e incluso no se sabe si llegó a ser usado. En uno de ellos aparece un borrón de tinta en el lugar donde debía figurar la indicación de la fecha. Todo ello conduce a concluir que es posible obtenerlas sin haber viajado o haberlo hecho en fechas distintas.

Eliminada esa nota de autosuficiencia demostrativa, la censura choca igualmente con un obstáculo que impediría su acogimiento, al concurrir en la causa prueba contradictoria, pues existen testimonios que acreditan que en la mañana del día 12-enero-2000, estaban juntos en el momento de verificar la llamada.

El motivo 1º de Jose Miguel y el tercero de Juan Pablo han de ser rechazados.

SÉPTIMO.- Los restantes motivos de Juan Pablo y el número 2º de Jose Miguel deberán resolverse de un modo lógico, dando respuesta en primer término al nº 7 por vulneración de derechos fundamentales (infracción del principio acusatorio), haciendo después dos bloques integrados por dos motivos cada uno. Por un lado los motivos 5º y 6º, por presunción de inocencia en relación a los delitos de obstrucción a la justicia y amenazas y ello por cuanto la existencia de tales delitos constituye presupuesto a la hora de inferir su intervención como inductores en el asesinato.

El motivo nº 4, presunción de inocencia, respecto al delito de inducción al asesinato y la indebida aplicación de precepto sustantivo (*art. 139 y 28 C.P.*) integrante del motivo 8º, accesorio del anterior, serán los últimos que se analicen por justificadas razones sistemáticas.

El examen del derecho a la presunción de inocencia planteado por Javier en el motivo 1º, referido a los tres delitos por los que se condena, quedará respondido en los demás motivos del correcurrente formalizados también por presunción de inocencia.

1. Procederemos, pues, a examinar el motivo séptimo, canalizado a través del *art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J.*, en el que se denuncia infracción del principio acusatorio y del derecho a ser informado de la acusación como garantías constitucionales consagradas en el *art. 24* de la Constitución, dentro del genérico derecho a un proceso justo.

El motivo tiene su razón de ser en la calificación jurídica que mereció la conducta de la que fue sujeto pasivo del delito, la hermana del fallecido, Armando , respecto a la que las acusaciones sostenían que estábamos ante un delito contra la Administración de Justicia del *art. 464 C.P.* por el que se acusó y, sin embargo, luego se condenó por otro. En efecto, la sentencia rechaza tal calificación por faltar alguno de los elementos condicionantes del tipo y reubica los hechos en el delito de amenazas del *art. 169 C.P.*, *razonando y justificando el cambio de calificación en el fundamento vigésimo primero* . El recurrente entiende que la mutación le ha causado indefensión, pues él combatió la acusación por obstrucción a la justicia y resulta condenado por amenazas.

2. Es doctrina conocida de esta Sala, por reiterada, que el sistema acusatorio que principalmente rige en la fase plenaria del proceso penal impone determinados límites infranqueables que pesan sobre la función juzgadora de los tribunales.

Dicho principio acusatorio salvaguarda la necesidad de que el sujeto pasivo de la litis penal deba ser debidamente informado de los hechos que se le imputan y de la calificación que merecen según las partes acusadoras, al objeto de que tales imputaciones puedan ser contradictoriamente rebatidas, tratando de conjurar la eventual e indeseable posibilidad de que subyazca una situación de efectiva indefensión ante la aparición de hechos, circunstancias, elementos o calificaciones jurídicas que por su carácter novedoso o sorpresivo minimicen o quebranten la capacidad procesal de defensa del sujeto y la propia igualdad de armas que debe imperar entre las partes. Ello exige la debida correlación entre los términos en que viene fijada la acusación en momento procesal oportuno y el fallo de la sentencia.

Por otro lado, para excluir cualquier indefensión la efectividad del principio acusatorio exige, en primer lugar, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la sentencia (y de la eventual condena) permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, el delimitado por la acusación o acusaciones y el declarado probado sean uniformes. En segundo lugar, debe tenerse en consideración como elemento vinculante para el tribunal la calificación jurídica realizada por la acusación, de tal suerte que para condenar por delito distinto, es preciso que éste sea homogéneo con el de la acusación y en cualquier caso tenga señalada igual o menor pena.

3. Descendiendo al caso concreto es obvio que la situación del cambio de condena no exigía acudir al

art. 733 L.E.Cr. para plantear la tesis, pues el delito por el que se acusaba, pluriofensivo, contemplaba no sólo el efecto coaccionante de las amenazas, dirigidas a una finalidad, sino además el daño que podía ocasionarse a la administración de justicia sirviéndose de esos ardidés o artimañas fraudulentas o violentas, en cuanto susceptibles de provocar modificaciones en la voluntad de los intervinientes en el proceso a que se refiere el *art. 464 C.P.*

Como quiera que la hermana del occiso, no había alcanzado todavía la condición de querellante, ni ninguna otra de las previstas en el tipo del injusto, persistieron dentro de las imputaciones fácticas de las acusaciones la amenaza de muerte, condicionada a que no tratara de descubrir la posible participación en los hechos de Javier y Juan Pablo .

Las amenazas integraban la "intimidación" a las que se refiere el *art. 464 C.P.* , y las que se hicieron fueron condicionales, como también recoge la imputación y de ella pudieron defenderse perfectamente los acusados. Ambos delitos protegen el bien jurídico de la "libertad" y "seguridad" y la pena de las amenazas no supera a la de obstrucción a la justicia.

La sentencia, en su calificación, no ha incluido ningún elemento fáctico no contemplado en la imputación acusatoria. Así pues, prescindiendo de esas finalidades expresadas en el *factum*, derivadas de los actos intimidatorios, los acusados presionaron coactivamente a través del teléfono o de mensajero, a Armando , de forma seria y creíble, anunciándole un mal futuro, grave (muerte de la amenazada) y posible, que llevarían a la práctica si se cumplía la condición, cosa que no ocurrió, aunque se consiguió de ese modo privar a la ofendida de su tranquilidad y sosiego como bienes jurídicos que trata de proteger el delito de amenazas.

En definitiva ninguna infracción del principio acusatorio aflora. El motivo no puede ser acogido.

OCTAVO.- Es oportuno examinar ahora las alegaciones por presunción de inocencia invocadas en los motivos 5º y 6º de Juan Pablo y 1º de Jose Miguel .

1. Se acude correctamente al cauce previsto en el *art. 852 L.E.Cr.* y 5-4 L.O.P.J., considerando infringido el *art. 24-2 C.E.* , al entender que la actividad procesal de la prueba habida en el proceso no está dotada de aptitud, entidad y consistencia suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia.

No es suficiente -nos dice el recurrente- constatar la existencia de actividad probatoria, sino que la convicción alcanzada bajo sus auspicios ha de ser racional y suficiente y alcanzar a todos los elementos típicos del delito por el que se acusa.

A continuación analiza las pruebas, quizás excediéndose de las posibilidades del motivo, dando una interpretación o revaloración de las mismas, lo que no le está permitido, en la que destaca las circunstancias que merman y hacen decaer la credibilidad del testigo principal de cargo, constituido por el querellante en estas actuaciones Enrique y cuyo testimonio no consideran mínimamente fiable.

2. Es abundante y reiterada la doctrina de esta Sala, que viene delimitando los espacios de control casacional respecto al derecho a la presunción de inocencia. Recordemos esta doctrina una vez más: "el derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, amén de en nuestra Constitución (*art. 24-2*), en los más caracterizados tratados Internacionales, suscritos por España, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (*art. 11.1*), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (*art. 6*) y el *Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14-2º)*) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala, significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado.

En casación, al alegarse la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la Sala deberá ponderar:

a) las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia para atribuir unos hechos delictivos a una persona.

b) si las pruebas fueron practicadas en juicio con sujeción a los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción.

c) de haber sido practicadas en el sumario, si fueron introducidas en el debate del plenario por la vía de los *arts. 714 y 730 de la L.E.Cr.*

d) si las pruebas se obtuvieron con observancia de las normas procesales y respeto a los derechos fundamentales.

e) si las conclusiones probatorias del Tribunal sentenciador no contravienen las leyes de la lógica, de la experiencia o de las ciencias.

En definitiva, el Tribunal de casación, en su función de control, queda limitado a dos aspectos:

1) verificar el juicio sobre la prueba.

2) verificar la racionalidad de los juicios de inferencia, o estructura racional de los argumentos que justifiquen las conclusiones apreciativas o valorativas que el factum refleja; habida cuenta del mandato *constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9-3º)*.

En todo caso, superados estos dos controles, deben quedar extramuros del control casacional la valoración de la prueba, lo que sólo compete al Tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que dispuso, conforme al *art. 741 L.E.Cr.*

Tampoco debe alcanzar a los aspectos de naturaleza subjetiva precisos para configurar la infracción delictiva".

3. Sobre el ofrecimiento amenazante del dinero a Armando , hermana del finado y a Enrique , víctima de la agresión (a este último le ofrecieron 50 millones cada uno de los dos recurrentes, condenados como inductores) con el propósito de que no promovieran o no colaboraran con la investigación criminal en marcha, en la que ellos figuraban como denunciados, existieron en la causa pruebas directas e indirectas suficientes para sustentar las conductas descritas en el factum como integrantes de los delitos de obstrucción a la justicia y amenazas.

La sentencia las desarrolla con minuciosidad en el fundamento decimoquinto en el que con alguna reticencia o duda sobre la consistencia de alguna prueba, como es tónica general en muchos pasajes de la resolución, alcanza la conclusión de que Jose Miguel y Juan Pablo fueron autores de este delito.

Esta Sala estima que la concurrencia de diversos elementos probatorios se refuerzan recíprocamente y de ellos resulta razonable alcanzar la convicción de la Audiencia. Recordemos sintéticamente estas probanzas.

4. Los propios acusados, reconociendo sus frecuentes viajes a Arabia Saudí y a la Península Ibérica, denotan una posición desahogada económicamente. Sobre este extremo Juan Pablo llegó a alardear de hospedarse en sus viajes a Madrid en el superlujoso hotel Villamagna, situación que confirma el agente policial nº NUM001 y los hechos inocultables de la intervención de 50 millones de pesetas, transportados por él mismo.

Partiendo de las inequívocas posibilidades económicas de pagar lo ofrecido por los acusados, se añade como prueba de cierta relevancia el testimonio evacuado por el acusado Jose Francisco , tanto ante la fuerza policial, como ante el juez instructor, que fueron analizados desde el acto del juicio oral al que fueron atraídos y contrastados.

En efecto, las acusaciones y las defensas, introdujeron al plenario lo depuesto previamente por este testigo, también procesado, con lo que se demostraba que en su visita a Armando , hermana del occiso, se ofreció dinero de parte de Jose Miguel y Ángel , frente a cuya afirmación las retractaciones carecieron de la más mínima credibilidad. De su testimonio se derivaba:

a) que los mandantes eran los autores de los hechos y durante su coincidencia en los calabozos de Comisaría le dijeron que "si decía algo no iba a escapar". En el plenario sin fundamento ni razón, negó su firma en el documento, desdiciéndose de lo allí constatado.

b) en la segunda declaración, realizada a la judicial presencia, reitera lo anterior, ignorando si su firma se hallaba allí estampada.

c) en el plenario, no ratifica sus primeras declaraciones afirmando que no veía allí su firma, o en todo caso firmó en un papel en blanco. Las explicaciones son inauditas e inacogibles.

No obstante, del mismo modo que hace notar la Audiencia, esta Sala es consciente de que dado el carácter de coimputado sus declaraciones deberán estar sometidas a corroboraciones, ya que no cabe excluir una tendencia autoexculpatoria de los testimonios dichos. Es razonable deslindar las afirmaciones, conocidas "de oído", sobre la autoría del atentado, del encargo encomendado de ofrecer dinero para "comprar un silencio", con la alternativa de amenazarles de muerte si no cedían a las pretensiones de los mandantes.

5. El testimonio de la hermana del fallecido, Armando , quien declaró en el plenario que Jose Francisco estuvo con ella en dos ocasiones en su domicilio junto a la madre de aquél. En la primera le habría dicho que venía de parte de " Rubén " y " Carlos Ramón " para que quitase la denuncia y le contó todo lo que sabía al respecto de lo ocurrido; en la segunda ocasión le ofreció dinero, conminándola con la muerte de parte de sus comitentes si no aceptaba.

La garantía de este testimonio, y el reforzamiento del evacuado por el emisario Jose Francisco , proviene de la absoluta coincidencia de los detalles ofrecidos por ambos, respecto a ambas visitas, discrepando lógicamente de su contenido o motivo mismo de la visita.

Junto a ésta declaración figura otra, proveniente del principal testigo de cargo del proceso y querellante, Enrique , que aunque sobre él pesen serias reticencias sobre la garantía y fiabilidad de sus afirmaciones, puede reforzar otras pruebas concurrentes y especialmente los testimonios vertidos sobre este particular extremo, que fueron objeto de corroboración.

El Sr. Enrique manifestó haber recibido una llamada telefónica de Jose Miguel y " Carlos Ramón " (Ángel) en casa de una vecina de Armando . Habló con el primero casi todo el tiempo, ofreciéndole 50 millones cada uno, y el segundo sólo se limitó a insultarle y a decirle que cogiera el dinero o moriría, ofrecimiento que si bien no aceptó de forma clara, es posible que diera esperanzas de un acuerdo. Acto seguido llamó una vez por teléfono a Comisaría y después acudió a la misma directamente para hablar con el Inspector que llevaba el caso.

Tales alegatos son objeto de confirmación:

a) del libro de telefonemas de la Comisaría de Policía, folios 247 y 248, aparecen dos llamadas, una de una persona próxima al Sr. Emilio , dado el contexto de la llamada y otra hecha personalmente por él, en el día y hora que dijo había hecho.

b) el agente policial nº NUM001 relató en el plenario que dos agentes acompañaron al anterior a realizarse unas curas a un centro médico, porque estaba siendo dotado de protección y a ellos les cuenta que había recibido la llamada antes indicada, lo que comunicaron a su vez a la central de Comisaría.

c) los funcionarios de la policía nacional nº NUM002 y NUM003 , que fueron los acompañantes del Sr. Emilio al Centro sanitario, confirmaron la recepción de una llamada en los términos antedichos.

6. Por último, concurre un dato objetivo de singular relevancia probatoria. Nos referimos a la incautación de 50 millones de pesetas en el vehículo Twingo conducido por el recurrente Ángel (Carlos Ramón) al que le acompañaba Mariano , los cuales aparecieron frente a la casa de titularidad de otro acusado Javier , en c/ CALLE000 nº NUM000 , y tocaron en la puerta y como alguien diera la voz de alarma ("la brigadilla") salieron corriendo ambos. El acusado Juan Pablo no dio una explicación mínimamente satisfactoria de las razones por las que salió huyendo, ni sobre los 50 millones de pesetas que trasladaba en el coche. Todo ello tuvo su asiento probatorio en las declaraciones de los policías nº NUM004 , NUM005 y NUM003 .

No excluirían la realidad de los hechos imputados la coartada introducida por Javier , de que no se hallaba en Ceuta. Como tuvimos ocasión de analizar en el pertinente motivo los billetes de barco no constituyen documento literosuficiente que permita alcanzar las conclusiones pretendidas por el impugnante. Muy al contrario, la ineficacia de la exculpación puede robustecer o reforzar la tesis contraria, a cuya convicción llegó la Audiencia Provincial.

Por todo ello hemos de concluir que el acreditamiento de los delitos de obstrucción a la justicia y amenazas atribuidos a los dos recurrentes, se produjo con el concurso de suficientes pruebas que los acreditaban, así como su autoría, pruebas obtenidas con plenas garantías legales, debidamente valoradas por el tribunal, que se ajustó en tal cometido a las reglas de la lógica y la experiencia.

El motivo debe desestimarse.

NOVENO.- Corresponde ahora el examen del motivo por presunción de inocencia, en lo concerniente al delito de inducción al asesinato, lo que canalizan ambos recurrentes a través del *art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J.*, completado por Juan Pablo, por indebida aplicación de los *arts. 139 y 28 a) Código Penal*, que residencia en el *art. 849-1º L.E.Cr.*

1. A la hora de argumentar la queja, Javier en el motivo 2º apenas hace referencia a la debilidad de las pruebas, contraponiendo lo dicho por el testigo de cargo y otros testigos que depusieron contradictoriamente. Por el contrario Ángel (Carlos Ramón) en el motivo 4º, y su consecuente por infracción de *ley en el 8º*, hace un amplísimo y exhaustivo desarrollo del conjunto de todas las pruebas practicadas, censurando las que no le merecieron la menor credibilidad, actitud recusable, dada la facultad exclusiva del tribunal en orden a la valoración del acervo probatorio, pero de alguna manera justificada sólo en el aspecto de que las condiciones de garantía exigibles a las pruebas incriminatorias, podían conducir a un supuesto de insuficiencia o arbitraria ponderación de las mismas.

A su vez, resulta de interés el destaque que hace de las dudas de la propia Audiencia, incluso, respecto a la prueba erigida en fundamental, integrada por la declaración del testigo, lesionado y querellante, Enrique, apodado el " Zapatonos ".

2. Sobre la prueba que desmontaría la presunción de inocencia respecto al delito de inducción al asesinato, por el que han sido condenados los dos recurrentes, el tribunal provincial se limita a refundir en nueve líneas toda su argumentación demostrativa de la concurrencia de prueba incriminatoria, y ello por la sencilla razón de que se remite a la analizada con amplitud sobre los delitos de obstrucción a la justicia y amenazas, que le sirve de presupuesto lógico para la inferencia que realiza.

Sobre la queja aducida el fundamento decimoquinto, in fine, nos dice: "Partiendo de la premisa de que don Jose Miguel y don Ángel ofrecieron dinero a don Rubén para comprar su silencio por teléfono y utilizaron a don Jose Francisco para remitir una propuesta similar a doña Armando, lo que ha sido acreditado por medio de pruebas directas, es claro que existe el enlace directo y preciso conforme a las reglas del criterio humano, utilizando el tenor literal del *artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* al regular las presunciones judiciales, para inferir, dado que concurren todos los presupuestos establecidos jurisprudencialmente para fundar la enervación de la presunción de inocencia en una prueba indiciaria, que ellos fueron los que promovieron que diera muerte a don Evaristo ".

3. La capacidad de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, para desvirtuar la presunción de inocencia no ofrece la menor duda y constituye una constante en los pronunciamientos de esta Sala y del Tribunal Constitucional. Ahora bien, en el iter discursivo es preceptivo someterse a un cierto rigor lógico en evitación de que la flexibilidad o relajamiento en las deducciones racionales lleguen a menoscabar el postulado garantista que encierra la presunción de inocencia.

Esta Sala viene afirmando con insistencia: "que la prueba indiciaria, circunstancial o indirecta es suficiente para justificar tal participación en el hecho punible, siempre que reúna unos determinados requisitos, que esta Sala, recogiendo principios interpretativos del Tribunal Constitucional, ha repetido hasta la saciedad. Tales exigencias se pueden concretar en las siguientes:

1) De carácter formal: a) que en la sentencia se expresen cuáles son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia; b) que la sentencia haya explicitado el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción del acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación, que aún cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia.

2) Desde el punto de vista material es preciso cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios en sí mismos, como a la deducción o inferencia.

Respecto a los indicios es necesario:

a) que estén plenamente acreditados.

b) de naturaleza inequívocamente acusatoria.

- c) que sean plurales o siendo único que posea una singular potencia acreditativa.
- d) que sean concomitantes el hecho que se trate de probar.
- e) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuerzen entre sí.

En cuanto a la deducción o inferencia es preciso:

a) que sea razonable, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia.

b) 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".

4. La participación en el hecho, que debe ser acreditada a través de la prueba indiciaria según la imputación que se les hace, estaría referida a la inducción al delito.

Como requisitos de la inducción se señalan por esta Sala los siguientes:

a) la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.

b) la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.

c) que se determine a un ejecutor determinado a un delito concreto.

d) que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado y que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute.

5. Contrastando las exigencias de la prueba indiciaria, los datos o elementos probatorios que disponemos y las circunstancias que deben resultar indudablemente acreditadas, es patente que en el caso que nos ocupa la premisa no conduce necesariamente a la conclusión que se obtiene. Nuestro Tribunal Constitucional en doctrina asumida por esta Sala tiene dicho que "cuando la inferencia sea tan abierta que en su seno quepa una pluralidad de conclusiones alternativas ninguna de ellas debe darse por probada".

Es posible que los recurrentes mostraran satisfacción con el asesinato de Mariano , en cuanto representaba la eliminación de un posible competidor; es posible también que algunos de los ejecutores y los recurrentes, se dedicaran a actividades ilícitas de tráfico de drogas u otras y que los recurrentes ostentaran un posición económica predominante, pero de ahí a entender que aquellos estaban a sus órdenes y la voluntad delictiva de ejecutar el hecho delictivo nació a consecuencia de la instigación de los primeros, con sumisión de los otros, en virtud de una relación o refuerzo constrictivo, no bien conocido, hay una diferencia importante. El ofrecimiento de dinero pudo tener un móvil mas egoísta, tratando de eludir un problema que se cernía sobre ellos.

En nuestro caso, los recurrentes, por la tirantez de las relaciones previas con el finado fueron denunciados como autores intelectuales (inductores) del atentado, ante cuyo evento, aquéllos, disponiendo de importantes cantidades de dinero, les resultaba de todo punto conveniente evitar el desprestigio de someterse a un juicio y el riesgo de ser condenados, aun sin haber ordenado ejecutar el hecho, lo que hacía que, en evitación de tal situación, podía resultarles "rentable" ofrecer dinero.

Un dato importante concurre en el hecho que los desconecta de los presuntos autores materiales del delito, cual es, el ofrecimiento del dinero se hace en beneficio exclusivo suyo y no del colectivo. El dinero se ofrece para que no se facilite o favorezca la persecución de los dos recurrentes, no de los demás, con los que no parece tengan obligaciones "morales" o "deudas" por los servicios prestados. El dato resulta plenamente acreditado por testigos como Armando y el lesionado Enrique , que no tienen el menor interés en favorecer la situación procesal de los recurrentes.

De haber sido los inductores corrían el riesgo de que los demás condenados en la causa ante las propuestas o gestiones egoístas, se consideraran abandonados y desprotegidos de quien les daba las órdenes de matar, optando por delatarles en un impulso vindicativo.

En conclusión, podemos afirmar, que aunque los acusados como inductores pudieran estar relacionados con los otros presuntos partícipes, no se ha probado con suficiencia que les indujeran a cometer el hecho delictivo por el que se les condena.

La debilidad de la prueba indiciaria para inferir lo contrario, no excluye que la tesis acusatoria no pueda ser cierta, sino que las pruebas indirectas que la sustentan no garantizan esa convicción. La inferencia resultaba excesivamente abierta y no puede ser confirmada por esta Sala.

El motivo 1º de Javier y el 4º de Ángel deben estimarse íntegramente.

Recurso de Juan Pablo , Luis Manuel , Jose Pedro , Rubén , Mariano y Germán .

DÉCIMO.- En el examen de los distintos recursos interpuestos por las restantes partes discrepantes de la sentencia, se ha creído conveniente analizar en primer término el conflictivo y cuasi monográfico reproche casacional sobre vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que articulan a través del dúplice cauce del *art. 852 L.E.Cr. y 5-4 L.O.P.J.*, por dedicar la mayor parte, sino la totalidad, de la energía y despliegue dialéctico al análisis de ese derecho fundamental (*art. 24-2 C.E.*) y por constituir la razón del voto particular y concurrir en la causa circunstancias especiales, comunes a todos ellos, que hacían reiterar criterios impugnativos prácticamente coincidentes.

En este sentido deben ahora analizarse de modo conjunto el motivo número 1º de Mariano , de Juan Pablo , de Luis Manuel , de Germán (único), de Rubén y de Jose Pedro .

1. Antes que nada debe quedar sentada una idea, que no por supuesta e insoslayable, debe ser observada y atendida, según la cual, la exigibilidad de pruebas suficientes de cargo, susceptibles de enervar el derecho presuntivo, debe regir con el mismo nivel y tratamiento cualquiera que sea el lugar de comisión del delito. Nos consta las dificultades para impulsar el desarrollo fluido del proceso, fruto de los temores o indefinidas e inconcretas presiones o veladas amenazas durante el desarrollo procedimental de la causa (seis años de duración), lo que no debe extrañar si pensamos que nos hallamos ante un crimen atribuido a un grupo de personas, muchas de ellas implicadas en actividades ilícitas. Es cierto que las dilaciones y la escasez probatoria serán constantes en esta clase de procesos en que los ciudadanos del lugar son poco propensos a colaborar con la justicia, pero insistimos que ello no ha de impedir la prevalencia del derecho presuntivo en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala.

El delito cometido no es de aquéllos que se ejecuten en la intimidad y escaseen las pruebas, pues se trató de un asesinato en plena vía pública a las 7,30 de la tarde, en fechas del Ramadán, y fue acompañado de un ruidoso mecanismo ejecutivo, consistente en el disparo de diversas armas, circunstancia difícil de pasar desapercibida.

Tampoco debe influir el hecho de que un presunto autor del crimen, objeto de este proceso, fuera ya condenado en el vecino país de Marruecos, por entender que era competente territorialmente por el lugar de comisión del delito.

Por último, no es posible justificar un relajamiento en el nivel de respeto al derecho presuntivo supuestamente violado, por razón de las indudables deficiencias habidas en la investigación policial y en la formación judicial del sumario. Los déficit instructorios deberán favorecer al reo, como tiene dicho esta Sala de casación, pero no deben impedir que la causa se examine y resuelva con los datos y elementos probatorios de cargo y de descargo que aparezcan legítimamente introducidos en el proceso.

2. Dicho lo anterior y analizando la sentencia combatida se echa de ver que en todos los supuestos de los seis condenados que analizamos, el sustento probatorio único ha pivotado sobre lo declarado por el testigo presencial, seguido del no acreditamiento por parte de cada uno de los acusados de la coartada alegada a impulsos de su legítimo derecho de defensa, en la que invariablemente todos ellos tratan de demostrar que no estaban en el lugar de los hechos, de tal suerte que la tónica analítica de la prueba de cargo y su alcance hecho por la sentencia discurría por igual sendero: partiendo de la credibilidad del testigo de cargo que sitúa al acusado en el lugar de los hechos, como partícipe de los mismos, quien justificaba que no pudo estar allí resultaba absuelto y quien no pudo probar con una coartada ese dato, dada su falacia, ha sido condenado por considerarle autor del delito, eso sí, con una cuidada y amplia argumentación que intenta convencer sobre la credibilidad e incredibilidad de los testigos y demás pruebas practicadas para descartar su estancia en el escenario del crimen.

Ello ha podido motivar la alegación de alguna queja casacional como infractora del principio de

igualdad (*art. 14 C.E.*), ciertamente no procedente, al no partir de situaciones exactamente iguales, pero destacando la idea de que las razones para condenar a alguno de los recurrentes no fueron de mayor peso o relevancia que para absolver a otros, como por ejemplo, Carlos Jesús o Carlos María .

De acuerdo con tal marco probatorio, resulta que el hecho de que una persona pudiera estar en un lugar, no significa que realmente estuviera allí, y en caso de estar, que participase en el hecho delictivo, lo que hace que el no acreditamiento de la coartada carezca de efectos corroboradores de la implicación acusatoria si no se acredita por otros medios, en este caso con la prueba testifical única de Enrique , que sufrió el sangriento atentado.

3. Antes de pronunciarnos sobre la suficiencia de prueba de cargo concurrente resulta adecuado señalar los parámetros legales o jurisprudenciales expuestos para las hipótesis de prueba de testigo único, capaz de destruir la presunción de inocencia, pero necesitada de la observancia de una serie de cautelas y precauciones para no errar en el proceso valorativo.

Nos resume esta doctrina el M^o Fiscal, que con acrisolada precisión y plasticidad, perfila en su excelente y ponderado dictamen la interrelación entre testigo único y límites del control revisional del derecho a la presunción de inocencia.

En efecto, la teoría general sobre el nivel de fiscalización de la valoración probatoria, admisible en casación, incide sobre: la existencia de prueba de cargo suficiente, la racionalidad del proceso de valoración, necesidad de exteriorización en la motivación y ausencia de todo elemento de pura arbitrariedad o contrario a la lógica. Pero no admite nuestro sistema procesal una revisión del núcleo de la actividad valorativa de la prueba personal. Otro modelo sería posible, pero es al legislador a quien corresponde implantarlo y no al aplicador constreñido por el contenido de los *arts. 849 a 852* y el alcance que el Tribunal Constitucional -*vid. art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* - ha conferido al derecho a la presunción de inocencia de cuya mano no puede accederse a una indiscriminada revisión de la valoración probatoria del tribunal de instancia entre otras cosas porque de esa forma quedaría malparado el principio de inmediación que, por cuestionado que pueda estar hoy día, es también uno de los ejes sobre los que pivota nuestro régimen procesal penal (*vid. art. 120* de la Constitución que proclama la prevalencia del principio de oralidad), lo que supone también una implícita consagración de las consecuencias del principio de inmediación.

Un testimonio que implica directamente a otra persona en una acción delictiva sosteniendo que le vio participar en la misma es una prueba personal y directa y no indiciaria o indirecta. Por tanto respecto de ese tipo de prueba no juega el aparato de comprobación que ha elaborado la jurisprudencia como control de la debida calidad de esa prueba indiciaria (pluralidad de indicios; conclusiones no excesivamente abiertas; acreditación plena de los indicios; racionalidad del proceso deductivo por el que se llega de los indicios a las conclusiones probatorias) y que permite un mayor ámbito de revisión en sede de casación. En materia de prueba personal sólo es dable verificar su existencia, su suficiencia, su valoración racional y su carácter de prueba de cargo.

Si se trata de víctimas del delito esa valoración racional comportará la necesidad de sopesar la existencia de posibles móviles espurios para hacer imputaciones falsas como pudiera ser una anterior animadversión; la persistencia de la incriminación y la existencia de elementos corroboradores. Pero a diferencia de lo que sucede con los co-imputados en que la jurisprudencia ha elevado al rango de requisito sine que non alguno (no todos) de esos requisitos, en materia de testigos-víctima se trata de simples estándares de comprobación: no es necesario que confluyan necesariamente para la validez probatoria del testimonio, aunque sí es exigible que el Tribunal haya examinado y ponderado cada una de esas perspectivas y que haya sopesado los diferentes motivos de incredibilidad. Pero verificada esa tarea por el tribunal de instancia, si de forma razonable y razonada se concluye en la veracidad del testimonio, descartando que las circunstancias que pudieren hacer pensar en lo contrario sean suficientes para desvirtuar esa credibilidad, estaremos ante una aseveración inatacable en casación.

4. Los argumentos impugnativos en orden al quebranto de tal derecho van dirigidos a acreditar la insuficiencia de esta sola prueba para fundamentar la condena, pues aquéllos razonamientos encaminados a descalificar por falaz el testimonio del testigo exceden del cauce procesal que le brinda el motivo, al chocar con la potestad ponderativa que de modo exclusivo posee el tribunal de instancia (*art. 741 L.E.Cr.*).

Resulta obligado para esta Sala analizar, no la veracidad o falacia del testimonio de dicho testigo y su alcance probatorio, que queda fuera de las facultades casacionales, sino los condicionamientos o coordenadas de carácter objetivo existentes en tal testimonio, de modo que sea posible afirmar que posee

garantías externas mínimas para reputarlo prueba suficiente y tomarlo en consideración como base de una condena.

En esta tarea debemos tener en cuenta que Enrique ostenta la condición de testigo además de ofendido, figurando como acusador particular en la causa.

El voto particular en este punto aporta una serie de circunstancias que, por su objetividad y por provenir de un miembro del Tribunal que ha disfrutado de intermediación, es posible tener en cuenta.

En efecto, el móvil declarado en la sentencia (hechos probados) evidencia que el execrable crimen era consecuencia de un ajuste de cuentas entre rivales en el negocio ilícito de la droga, entre los que existían sensibles desavenencias previas, que si bien pueden justificar el móvil del atentado, también pueden servir para calificar las declaraciones del ofendido de reacciones vindicativas.

Estos precedentes que pueden generar una situación de confrontación no son el efecto del daño sufrido por el delito y ansias de que el culpable responda criminalmente, sino un dato previo que debe tenerse en consideración en el proceso valorativo. En cualquier caso y aunque no tenga real influencia en la credibilidad no es posible olvidar que el testigo es consumidor de cocaína, narcotraficante y ha sido condenado como autor de un delito de tentativa de homicidio y tenencia ilícita de armas.

No es de menos interés despreciar las dieciseis veces que declaró policial o judicialmente antes del juicio, hipótesis que con claridad se sale de lo usual en procesos similares. La diversidad de testimonios también ha de contar para calibrar el grado de persistencia en sus declaraciones, dada la multitud de ocasiones que ha tenido para dotar de coherencia a sus primeras declaraciones en las que esencialmente se basó la Audiencia como prueba de cargo.

5. Sin embargo, el voto particular y la propia sentencia evidencian dos circunstancias importantes, la primera la existencia de injustificadas contradicciones y la segunda la creación en el ánimo de la Sala de ciertas situaciones intelectuales de duda, duda metódica, pero duda al fin y al cabo.

Son de destacar algunas de las afirmaciones y contradicciones difícilmente explicables y carentes de corroboraciones. Entre estas cabe citar:

a) No se halla sangre en las ropas del testigo, a pesar de la posición que dice ocupar en el vehículo y del desarrollo secuencial de los hechos que él mismo refirió, que se contraponen a lo depuesto por diversos testigos, algunos tan poco sospechosos como dos agentes policiales.

b) Antes de morir el agredido y después de concluir los disparos declaró, que la víctima moribunda le dijo: "corre", "corre"...., en contraste con el dictamen de los forenses de que la muerte fue instantánea.

c) El testigo dice que diversos tiros se efectuaron contra ellos desde el lado derecho, cuando la prueba de balística demuestra que ninguno de los disparos detectados procedían de la derecha, ni el vehículo y ocupantes se vio afectado por ese lado.

d) Tampoco se ha disparado con subfusiles o metralletas, tesis sostenida por el testigo, al no aparecer impactos ni proyectiles (o vainas) de esas características. Otra cosa es que se hubiera limitado a afirmar que alguno de los atacantes portaba subfusiles.

e) Resulta absolutamente sorprendente que de noche y encapuchados todos los agresores pudieran ser identificados de forma segura.

f) El testimonio poco sospechoso del amigo de Enrique , precisamente la persona que lo trasladó al Hospital, que asegura que Enrique le dijo en momento poco propicio para mentir, que los autores del atentado eran tres personas encapuchadas. Añade que pudo oír conversaciones con Armando , hermana del finado, sobre las dificultades de implicar a una u otra persona.

g) Constituye igualmente una flagrante incertidumbre incluir entre los autores de la agresión a personas que era imposible que estuvieran en el lugar de los hechos como los conocidos con el apodo de " Rata " o "Pincho", así como confundirse entre Tafo y Pitufó .

h) En el careo efectuado entre el testigo de cargo y Enrique , mostró una mayor solidez este último, según reconoce la sentencia y el voto particular.

6. Desde esta enumeración de circunstancias objetivas devaluadoras de las garantías de solidez de un testimonio, el tribunal de instancia tomó en consideración, para controlar lo depuesto en juicio las dos primeras declaraciones sumariales (policial y judicial), como más espontáneas y menos aleccionadas, y sin embargo también en ellas se advierten inocultables contradicciones.

Cierto es que el hecho de que un testigo mienta en determinados aspectos, no significa que en otros declare con verdad, sobre todo si existe alguna corroboración probatoria complementaria, pero no es menos cierto, que las garantías de certeza sobre lo depuesto no pueden ser las mismas que las ofrecidas por un testigo que declara de forma coherente y rotunda sin provocar incertidumbres sobre la veracidad de su relato.

Pero es que el conjunto de elementos hasta ahora descritos también siembran alguna duda a la Audiencia, como tuvo ocasión de expresar en su fundamentación jurídica. Es evidente, como oportunamente destaca el Fiscal, que se trata de dudas metódicas, incrustadas dentro del iter discursivo, pero que por las razones que también se apuntan terminan por desvanecerse. No obstante también debemos hacer notar, que no puede tener el mismo predicamento y consistencia probatoria el testimonio de un testigo, que nunca haya hecho dudar al tribunal, que aquél cuyo testimonio se halla salpicado de ciertas dudas, aunque sean incidentales o metódicas.

7. Son de hacer notar las siguientes dudas:

a) En la pag. 30 de la sentencia se lee: "la multitud de declaraciones del testigo en fase de instrucción, que se elevan a dieciseis y la forma en que se llevan cabo han privado en gran medida de pureza a sus manifestaciones en el plenario".

b) La Sala de instancia reconoce cierta razón a las defensas cuando afirman que al testigo "se le había enseñado a declarar", y todo ello "redunda negativamente tanto en la credibilidad de ciertos aspectos de su relato como en no desvirtuar la actividad de descargo" (pag. 30).

c) En la pag. 32 se expresa que: "la vaguedad de sus declaraciones como tónica general, el tiempo transcurrido y el resto de elementos.....no sólo preside las imputaciones de los acusados, sino todo su relato, por lo que no puede sacarse de contexto sus expresiones y hacer una interpretación literal de sus frases, sino modularse adecuadamente".

d) En las pags. 42 y 43 se argumenta que "... entre lo recogido en las mismas (declaraciones policiales y judiciales previas al plenario) y lo narrado en el juicio oral existen importantes diferencias que deben valorarse tanto para determinar si ofrecen plena credibilidad al respecto como para corregir las deficiencias de la declaración, mermada en gran medida por las circunstancias que le privaron de la pureza deseable".

e) En la pag. 43, la sentencia refiriéndose al dictamen del perito psicólogo D. Felix , nos dice que la vivencia de un suceso violento "impide conservar un recuerdo fiel y exacto de cómo se desarrollaron los hechos, especialmente en lo relativo al aspecto físico de los protagonistas", lógicamente, porque el testigo lesionado debió estar más pendiente de salvar su vida en una situación angustiada de gran peligro.

8. Junto al testimonio incierto, inseguro y poco garantista del testigo acusador, ninguna prueba de cargo de mínimo calado concurrió, conjugando el tribunal el testimonio del mismo con los acreditamientos practicados a instancia de los procesados en su afán de demostrar que al suceder el episodio criminal no se encontraban en el lugar del suceso. Pero como dijimos en su momento, el que pudiera teóricamente estar en el lugar del mismo no significa que realmente participara en el delito.

En la mayor parte de las justificaciones, al tribunal todavía le queda alguna duda sobre su realidad. En otros casos aún concurriendo unos datos indiciarios sobre su posible presencia en el lugar de los hechos, no terminaban de ser rotundos.

En el fundamento 5º, verbigracia, al referirse a Luis Manuel , en quien concurren otros elementos probatorios que podían colocarle en la escena del crimen, ninguno de ellos es determinante. Uno de los coches que aparecían interceptando la trayectoria del que conducía el occiso, "lo solía utilizar", afirmación genérica, si pensamos que no conociendo la matrícula (el color difícilmente puede detectarse de noche) es más que probable que pueda confundirse con otros iguales o similares.

Las deficiencias en la deambulación del acusado recurrente, o dificultades para la conducción, que

por la inmedicación del tribunal, no fueron tales, sólo nos indican que era capaz de caminar y conducir un coche.

En cuanto al nombre ficticio que poco tiempo después del luctuoso suceso facilitó a un Centro médico, en donde fue ingresado, puede ser razonable, si se sabe buscado por la policía y no quiere ser detenido, lo que no implica que fuera uno de los partícipes del atentado.

En otros recurrentes la Sala de origen extrajo algún detalle llamativo o sospechoso con las actitudes o estrategias defensivas a las que recurrieron, que por supuesto tampoco pueden resultar definitivas.

Es indudable que la inmediatez como principio procesal constituye una de las garantías del proceso, hasta el punto de que el tribunal no le es permitido condenar en un recurso a un acusado sirviéndose de pruebas que no ha podido presenciar, como tuvimos ocasión de puntualizar en el motivo primero de las acusaciones.

Ahora bien, tampoco puede exorbitarse tal principio ni mucho menos interpretarse desviadamente.

En este sentido es oportuno mencionar el siguiente fragmento de la sentencia de esta Sala nº 1063 de 26 de septiembre de 2006 que nos dice: "la credibilidad no puede basarse en una concepción **anticuada, mítica** y casi **mágica** que atribuye a los jueces una capacidad intuitiva y cognoscitiva de los hábitos externos, tonos de voces, fenotipos y emociones, expresadas corporalmente, que nada tienen que ver con el contenido de las pruebas y que no pueden ser usadas como elemento desfavorable e inculpatario. Un sistema democrático no puede admitir que un ciudadano que entra como acusado en la Sala de juicios salga condenado por gestos, reacciones o movimientos corporales realizados durante su declaración. Tampoco esta técnica es válida para detectar la credibilidad de los testigos. En consecuencia, el mito de la inmediatez debe ceder ante la tutela judicial efectiva que sólo es posible mediante la racional, metódica y analítica disección de las pruebas interrelacionándolas de forma lógica y llegando a una conclusión que esté por encima de la duda razonable".

9. En atención a lo expuesto esta Sala ha considerado en su función de control casacional del derecho a la presunción de inocencia, que el testimonio de un testigo único, en quien concurren un conjunto de circunstancias objetivas que desmerecen de forma acentuada su posible imparcialidad, no constituye prueba suficiente para enervar el derecho presuntivo alegado (*art. 24-2 C.E.*).

Este tribunal casacional no indaga ni valora la veracidad o inveracidad de su testimonio. La Audiencia entendió que fue creíble y dictó sentencia condenatoria contra varios procesados, y es posible que estuviera tal decisión rodeada del mayor acierto y los condenados fueran los autores o algunos de los autores del horrendo crimen, pero al formar su convicción, con la debilidad de una prueba que desde la óptica externa no ofrecía garantías de veracidad, ha asumido un riesgo tal que es posible afirmar que tenía tantas posibilidades de acertar como de errar en la decisión de condena.

Ello hace que el derecho a la presunción de inocencia haya corrido serios riesgos, dada la franca debilidad probatoria. Así pues, por la silueta moral del declarante, circunstancias personales que lo relacionaban con los denunciados, contradicciones insalvables en las que incurrió, voto particular discrepante y dudas denotadas en la propia sentencia, aunque fueran de carácter metódico, la prueba prácticamente única ha quedado de forma clara devaluada y en suma, resulta insuficiente para fundar una sentencia de condena.

El motivo número primero de estos seis recurrentes debe estimarse, dictando nueva sentencia y absolviendo a todos ellos por entender vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (*art. 24-2 C.E.*).

DÉCIMO PRIMERO.- Las costas de los acusadores particulares les son impuestas con pérdida del depósito de haberse constituido y las de los seis procesados absueltos y de los dos parcialmente absueltos (Ángel y Javier), se declaran de oficio, conforme dispone el *art. 901 L.E.* Criminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación de los acusadores particulares Enrique, Armando y Emilio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta (con sede en Ceuta) de fecha veinticinco de julio de dos mil seis, en causa seguida por asesinato, tenencia ilícita de armas y otros y con expresa imposición a los mismos de las costas ocasionadas en su recurso y pérdida del depósito de haberse

constituído.

Y debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR a los recursos interpuestos por la representación de los procesados Ángel , Javier , por estimación del motivo 4º y 8º del primero de ellos y 1º del segundo procesado, desestimando el resto de los alegados por ambos.

Igualmente DECLARAMOS HABER LUGAR a los recursos interpuestos por la representación de los procesados Juan Pablo , Luis Manuel , Jose Pedro , Rubén , Mariano y Germán , por estimación del Motivo 1º de todos ellos, sin necesidad de examinar los restantes interpuestos por los mismos, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz (con sede en Ceuta) con fecha veinticinco de julio de dos mil seis, en esos particulares aspectos, y todo ello con declaración de las costas de oficio respecto a todos los mencionados recurrentes.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta (con sede en Ceuta), a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil siete.

En el Sumario instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Ceuta con el número 5/2000 , y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta, contra los procesados Javier , nacido en Ceuta el día 01-04-1968, hijo de Abdeslam y de Hadduch, con domicilio en CALLE001 nº NUM006 de la misma ciudad y DNI. NUM007 , con antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Chiquito "; Ángel , nacido en Ceuta el día 04-05-1974, hijo de Ahmed y de Sodia, sin antecedentes penales, con domicilio en la BARRIADA000 , DIRECCION000 . nº NUM008 de la misma localidad y DNI. NUM009 , conocido durante la tramitación de la causa como " Carlos Ramón "; Luis Manuel , nacido en Ceuta el día 23-01-1970, hijo de Chaib y de Arlar, con domicilio en la BARRIADA000 , DIRECCION000 nº NUM010 de la misma ciudad y DNI. NUM011 , sin antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Moro "; Carlos Jesús , nacido en Ceuta el día 06-11- 1972, hijo de Mohamed y de Sohara, sin antecedentes penales, con domicilio en la CALLE002 nº NUM012 de la misma localidad y DNI. NUM013 , conocido durante la tramitación de la causa como " Pelos "; Carlos María , nacido en Ceuta el día 05-12-1969, hijo de Abderrazak y de Fatima, con domicilio en el Residencial DIRECCION001 , bloque NUM014 , NUM015 . de la misma localidad y DNI. NUM016 , sin antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Nota "; Germán , nacido en Ceuta el día 22-11-1969, hijo de Ahmed y de Haduch, sin antecedentes penales, con domicilio en la CALLE003 nº NUM017 . NUM018 . de la misma localidad y DNI. NUM019 , conocido durante la tramitación de la causa como " Santo "; Mariano , nacido en Ceuta el día 15-06-1970, hijo de Abselam y de Menana, con antecedentes penales, con domicilio en la BARRIADA000 , DIRECCION002 , NUM020 , y DNI. NUM021 , conocido durante la tramitación de la causa como " Bola "; Rubén , nacido en Ceuta el día 19-06-1970, hijo de Ahmed y de Fadella, con domicilio en el POBLADO000 , bloque NUM015 , portón NUM014 . NUM022 de la misma localidad y DNI. NUM023 , sin antecedentes penales, conocido en la tramitación de la clausa como " Chato "; Jose Pedro , nacido en Ceuta el día 06-02-1970, hijo de Abderrahaman y de Rahma, con domicilio en la CALLE004 , nº NUM018 de la misma localidad y DNI: NUM024 , sin antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Gamba "; Juan Pablo , nacido en Ceuta el día 22-09-1976, hijo de Abdelatif y de Mina, sin antecedentes penales, con domicilio en la BARRIADA000 , CASA000 , NUM025 - NUM014 de la misma localidad y DNI. NUM026 , conocido durante la tramitación de la causa como " Pitufu "; Mauricio , nacido en Ceuta el día 25-05-1974, hijo de Abdenebit y de Erhimo, con domicilio en la CALLE005 nº NUM027 . NUM014 . de la misma localidad y DNI. NUM028 , sin antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Macarra "; Jose Miguel , nacido en Ceuta el día 10-14-1982, hijo de Hassan y de Rabera, sin antecedentes penales, con domicilio en la BARRIADA000 , CASA000 , NUM025 - NUM014 de la misma localidad y DNI. NUM029 , conocido durante la tramitación de la causa como " Chapas "; Jose Francisco , nacido en Ceuta el día 19-09-1965, hijo de Mohamed y de Erhimo, con domicilio en la BARRIADA000 , DIRECCION000 , número NUM030 de la misma localidad y DNI. NUM031 , con antecedentes penales, conocido durante la tramitación de la causa como " Cachas " y Juan María , nacido en Ceuta el día 16-04- 1964, hijo de Amar y de Fatima, sin antecedentes penales, con domicilio en la CALLE006 nº NUM015 de la misma localidad y DNI. NUM032 , conocido durante la tramitación de la clausa como " Cabezón "; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia

Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Cádiz (con sede en Ceuta), con fecha veinticinco de julio de dos mil seis, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquéllo que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

III. FALLO

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Javier y a Ángel del delito de asesinato consumado en concepto de inductores, manteniéndose la condena por los delitos de obstrucción a la justicia y amenazas, reduciéndose a la mitad las costas que les vienen impuestas en la instancia.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Juan Pablo , Luis Manuel , Jose Pedro , Rubén , Mariano y Germán , de todos los delitos por los que venían condenados, declarando de oficio las costas procesales de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro Diego Ramos Gancedo

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