



Roj: **STS 869/2018 - ECLI:ES:TS:2018:869**

Id Cendoj: **28079120012018100111**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/03/2018**

Nº de Recurso: **10625/2017**

Nº de Resolución: **120/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Castellón, Sección 2ª, 30-06-2017,
STS 869/2018**

RECURSO CASACION (P) núm.: 10625/2017 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 120/2018

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 16 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **D. Segundo y D. Jose Pablo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, que les condenó por delitos de robo con violencia y de asesinato y de cómplice de robo en casa habitada, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados, respectivamente, por los Procuradores Sr. Pérez de Rada González de Castejón y Sra. Carrillo Sánchez y asistidos de Letrado D. Enrique Rojo Alonso y Dª Mª Cristina Fernández Folgueira.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Castellón instruyó sumario con el nº 1 de 2015 contra Segundo, Jose Pablo y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, que con fecha 30 de junio de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos probados:



"Primero.- El procesado Segundo , de nacionalidad rumana, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efecto de reincidencia, y con domicilio en Villarubia de los Ojos (Huelva) en un día indeterminado del verano de 2013, posiblemente en el mes de agosto, viajó desde su residencia a la localidad de Cabanes (Castellón) en su vehículo BMW 520 al efecto de verificar si era posible perpetrar un acto de apoderamiento de dinero u objetos de valor en un determinado establecimiento en esta localidad castellonense donde al parecer se ejercía la prostitución. A Segundo la información sobre el establecimiento se la había proporcionado el procesado Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales quien lo conocía por haberlo visitado en una ocasión meses cuando había acompañado desde la localidad de Pilas (Sevilla) al también procesado Celestino , mayor de edad y sin antecedentes penales, con el fin de que éste viera a su ex pareja Almudena , mayor de edad y sin antecedentes penales, con quien Celestino había vivido hace años en el mismo establecimiento mientras ejercía Almudena la prostitución. A Segundo la información sobre el establecimiento se la había proporcionado el procesado Jose Pablo , mayor de edad y sin antecedentes penales quien lo conocía por haberlo visitado en una ocasión meses cuando había acompañado desde la localidad de Pilas (Sevilla) al también procesado Celestino , mayor de edad y sin antecedentes penales, con el fin de que éste viera a su ex pareja Almudena , mayor de edad y sin antecedentes penales, con quien Celestino había vivido hace años en el mismo establecimiento mientras ejercía Almudena la prostitución. El lugar en cuestión era el restaurante Doris sito en el punto kilométrico 45 de la carretera CV-10, que era regentado por D. Isaac y su esposa Josefina , y donde efectivamente varias chicas ejercían la prostitución, algunas de nacionalidad rumana y entre ésta la procesada Almudena . El viaje lo realizó el procesado Segundo con otras personas con las que compartía el plan y con el también procesado Jose Pablo pues éste era quien le había dado la información y conocía la ubicación del establecimiento. En ese viaje Segundo y sus acompañantes llegaron a entrar al local pudiendo cerciorarse de las condiciones que presentaba el establecimiento y sus edificaciones aledañas de planta baja dedicadas a vivienda, concluyendo que podía ser efectivo objeto de sus fines y que era factible realizarlo por una de las ventanas de la parte trasera. SEGUNDO.- Para ejecutar el plan, la noche del día 21 de septiembre de 2013 Segundo acompañado con otras personas, tras colocarse en la cabeza una media tipo legins anudado en la parte de arriba para cubrir su rostro, accedió a través de una ventana trasera que estaba a una altura de un metro setenta del suelo, a la edificación aledaña al restaurante que Isaac y su esposa utilizaban como vivienda. Sorprendieron solo a Isaac (aunque había un menor durmiendo que no llegó a despertarse) a quien inmovilizaron atándole las manos por detrás y a la altura de las muñecas con un sujetador que hallaron en el lugar y los pies por los tobillos con un trozo de camisón. Tras ello, a fin de que Isaac indicara donde guardaba las cosas de valor, Segundo y sus acompañantes le propinaron una multitud de golpes, hasta que con ánimo de acabar con su vida le introdujeron un calcetín de color negro en la boca llenándola completamente y tapándola con una camiseta atada a modo de mordaza, para de inmediato presionar fuertemente el cuello de Isaac provocando su muerte por asfixia mecánica por estrangulación-sofocación. La variedad de golpes propinados a Isaac le originaron múltiples lesiones. En la cara, contusión en región frontal derecha, contusión peribucal ovalada con heridas contusas en los labios, equimosis y edema en párpado superior de ojo izquierdo, hematoma en raíz nasal, hematoma en región lateral derecha de cuello y en mentón, escoriaciones. Hematoma en brazo derecho, escoriaciones pequeñas en muñeca derecha, escoriación redondeada en espalda, escoriación superficial en parte posterior del hombro derecho, dos escoriaciones en rodilla izquierda, hematoma en región temporo-occipital derecha de cuero cabelludo con infiltración de músculo temporal izquierdo, contusión en músculo temporal derecho, contusión del lóbulo temporal izquierdo, hematomas en región anterior de cuello, con hematoma azulado en región lateral derecha de cuello, debajo del lóbulo de la oreja derecha, por lo que su viuda doña Josefina ha renunciado a ser indemnizada. El procesado y sus compinches consiguieron apoderarse de un teléfono móvil, de una cadena de oro, dos anillos y 900 €, no pudiendo encontrar más dinero, pese a la presión ejercida sobre el propietario fallecido. Había cierta cantidad de dinero y de joyas escondidas en el interior del horno, que los asaltantes no pudieron encontrar. D^a Josefina ha renunciado a cualquier indemnización".

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

"Debemos de condenar y condenamos al acusado Segundo por un delito de robo con violencia y otro delito de robo con violencia y otro delito de asesinato, ambos anteriormente definidos y en concepto de autor, concurriendo la agravante de disfraz, a las siguientes penas de: Cuatro años y tres meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, por el primero. Diecisiete años y seis meses de prisión con las accesorias de inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial por el segundo. Se condena al acusado al pago de las dos quintas partes de las costas de la presente causa. Se ratifica la prisión provisional de Segundo , sin perjuicio de la prórroga que eventualmente cupiere acordar en caso de recurso. Debemos de condenar y condenamos al acusado Jose Pablo por un delito de robo en casa habitada ya definido en concepto de cómplice a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y al pago de las costas de la presente causa en una quinta parte. Debemos de absolver y absolvemos a los acusados Almudena y



Celestino de los hechos objeto de acusación, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio dos terceras partes de las costas de la presente causa. Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas, se abona a cada acusado el tiempo que a su firmeza hayan estado privado de libertad por esta causa. Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firmas de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados D. Segundo y D. Jose Pablo , 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 el recurso.

CUARTO.- I.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Segundo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el art. 24 C.E . en tanto que se han utilizado pruebas contraviniendo el ordenamiento jurídico, y en concreto pruebas de ADN en las que la muestra indubitada se obtuvo sin que el imputado se encontrara asistido por Letrado.

Segundo.- Se denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24 de la C.E ., en tanto que no se ha respetado la cadena de custodia en la recogida, almacenamiento y conservación de las prendas de las que se obtiene el ADN dubitado.

Tercero.- Se formula por la vía casacional del art. 5.4 L.O.P.J ., denunciándose la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E ., por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundamentar un fallo condenatorio para mi representado. Se presenta con carácter subsidiario al anterior.

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jose Pablo** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Se invoca al amparo del art. 5.4 L.O.P.J . y al amparo de los números 1 y 2 del art. 849 y de la L.E.Cr ., infracción por no aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, regulado en el art. 24 de la C.E ., y aplicación indebida de la teoría de los indicios, así como el principio in dubio pro reo, e infracción de ley en relación con la aplicación indebida de los arts. 237 , 238.1 y 241 del C. Penal .

Segundo.- Se invoca al amparo del art. 5.4º L.O.P.J . y al amparo de los números 1 y 2 del art. 849 L.E.Cr ., por error en la apreciación de la prueba, al no constar debidamente probado el elemento subjetivo del tipo y error de derecho por contener la sentencia recurrida meros juicios de valor, conjeturas y deducciones subjetivas.

Tercero.- Se invoca al amparo del número 1 del art. 849 L.E.Cr ., por infracción de ley en relación con la aplicación del art. 29 del C. Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión y y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 21 de febrero de 2018, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE , en tanto que se han utilizado pruebas contraviniendo el ordenamiento jurídico y en concreto pruebas de ADN en las que la muestra indubitada se obtuvo sin que el imputado se encontrará asistido por letrado.

Denuncia que la prueba de ADN que determinó la detención y posterior imputación del recurrente se obtuvo sin respetar las garantías legales y constitucionalmente establecidas, pues se hizo sin que el detenido contara con asistencia letrada, y en caso de no haberse practicado, hubiera alcanzado un resultado totalmente distinto y el recurrente Segundo no habría sido nunca imputado ni detenido.

El motivo cuestiona los argumentos por los que la sentencia recurrida entiende que la prueba es válida y eficaz, pues aun cuando reconoce que la muestra biológica del mismo se llevó a cabo sin firma de letrado e intérprete,



entiende que a pesar de ello estos estuvieron presentes, realizando una interpretación en contra del reo, tanto en lo relativo a la poca diligencia del detenido al no exigir la presencia del letrado en toda diligencia policial, cuando ello es obligación de la fuerza actuante y no del detenido, como del letrado que le asistió que no formuló objeción alguna, al partir de una suposición carente de prueba como es que el letrado conocía que se había practicado la prueba y que se aquietó con la misma.

Se dice además que cuando la defensa puso de manifiesto que existía una diferencia de dos días entre la toma de declaración, 18 julio, y la toma de muestras de ADN, 20 julio, y que esto constituía prueba evidente de que la toma de muestras no había estado presente letrado alguno, la sentencia realiza una nueva interpretación en contra del reo al cuestionar que en esos momentos el recurrente se encontrara detenido, y para ello destaca que en la sentencia dictada en juicio rápido se hace constar que Segundo se encuentra en situación de libertad provisional "por esta causa", al tomar como dato cierto que el juicio se celebró a las 10 horas y que la toma de muestras tuvo lugar después, por lo que el recurrente deberá estar en libertad, lo que es una mera elucubración o suposición en contra del reo, al no haber constancia de cuando se celebró el juicio, ni el momento en que se decretó la libertad provisional.

Además se reprocha a la parte que no realizó la impugnación de la prueba pericial en tiempo y forma, argumento que la defensa no comparte pues se hace mención a su escrito del 16 noviembre 2015 (folio 200, tomo VI), en el que se hace constar y así lo recoge la sentencia, de la muestra indubitada se obtuvo sin asistencia letrada, cuando existen otros escritos en los que se mencionaba tal falta de presencia del letrado, como son: solicitud de libertad provisional de fecha 12 marzo 2015 (folio 62), recurso de reforma por denegación de libertad provisional de 6 abril 2015 (folio 103), recurso de apelación contra auto de procesamiento de fecha 7 abril 2015 (folio 113). Por tanto no puede imputarse a la defensa ni inacción ni oscurantismo a la hora de denunciarla vulneración del derecho.

Finalmente cuestiona la afirmación del fundamento jurídico cuarto de aun cuando esa toma de muestras no hubiera sido ajustada a derecho, existe una prueba independiente y autónoma desconectada causalmente de la misma y que puede ser valorada, y es la practicada con ocasión de la toma de muestras que se le realizó al acusado con motivo de su detención el 20 noviembre 2014, segunda prueba de ADN realizada en presencia del letrado, pero entiende el recurrente que esta prueba está vinculada al anterior y no es una prueba independiente y autónoma, dado que la detención del hoy recurrente se sustentó en base al resultado de la primera prueba ilícita.

Concluyendo que nos encontramos ante una prueba de ADN y no debió ser valorada porque la toma no se realizó en presencia del letrado -citando jurisprudencia en esta sala al respecto- y con otra prueba que se encuentra vinculada a la anterior, y es más si se examina la documental de la toma de muestras en julio 2009 no se trata de un acto de consentimiento sino un acto de notificación de recogida de muestras, y en ningún caso los agentes actuantes le solicitan el consentimiento para la práctica de referida diligencia ni de la posibilidad de negarse a dicha diligencia.

Por tanto, al no existir ninguna prueba, más allá de las ya referidas de ADN que vincula al recurrente con la comisión de los delitos por los que ha sido condenado, excluida estas del procedimiento, procedería el dictado de una sentencia absolutoria.

1) la impugnación de la validez de la prueba de ADN hace conveniente recordar nuestra doctrina sobre la materia establecida en la STS 11/2017 de 19 enero , con cita de las sentencias 709/2013 del 10 octubre , 948/2013 del 10 diciembre .

a) En primer lugar, en lo que se refiere a la **NORMATIVA DE APLICACIÓN** , ha de recordarse que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, establece en su Art. 3. 1 . que se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

"1) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual ... La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento. 2) Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento."

Asimismo, añade la Disposición Adicional Tercera, que "para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos



del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Por su parte, la LECrim, dispone en su art. 282 que " la Policía Judicial... tiene la obligación de...recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial ...". Y en su art. 326, apartado tercero , que " cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el art 282."

Y el art. 363, párrafo segundo precisa que " siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o incorporación temporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad ".

Como nos recuerda la STS 7 de julio de 2010, núm. 685/2010 , la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECrim , fue resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN. En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que " *la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial* ". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre , 701/2006, 27 de junio , 949/2006, 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre , son sólo muestras significativas.

Clarificada la normativa relativa a la toma de muestras y su inclusión en la base de datos, ha sido necesario asimismo clarificar las **GARANTÍAS QUE HAN DE RESPETARSE EN LA TOMA DE MUESTRAS**.

Resulta evidente la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio . Decíamos entonces que "... resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:

1) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

2) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

3) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ , colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados".

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim .



Así lo entendió esta Sala en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 24 de septiembre de 2014. Dijimos entonces que " *la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de Letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y, en su defecto, autorización judicial. [...] Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de Letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción*".

La conveniencia de que la falta de consentimiento, en su caso, conste de forma nítida, firme e innegable, se refuerza a la vista de la reforma introducida por la LO 13/2015, 5 de octubre, que ha dado nueva redacción al art. 520 de la LECrim . En efecto, en el apartado 6º, letra c) se incluye expresamente entre sus derechos el de " *informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten*". Y añade el párrafo segundo: " *si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN, el Juez de Instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad*".

La lectura del renovado art. 520. 6º de la LECrim permite afirmar que el Legislador ha considerado oportuno, en línea también con la jurisprudencia constitucional, someter a un juicio de proporcionalidad amparado en la garantía jurisdiccional, el sometimiento del investigado a los actos mínimos e indispensables de compulsión personal para la obtención de las muestras salivales que permitan la identificación genética. El mismo criterio ha inspirado la toma de muestras del ya condenado, en los términos previstos en el art. 129 bis del CP . De ahí que cobre especial importancia que la negativa del investigado o condenado a prestarse voluntariamente a esa diligencia, se exteriorice de tal forma que no admita interpretaciones sobrevenidas -cuando ya es inviable el contraste- basadas en la falta de aceptación de lo que, sin embargo, resultó finalmente aceptado. Sobre todo, si lo fue ante Letrado que, en el legítimo ejercicio del derecho de asistencia letrada, no consideró oportuno reflejar una protesta formal en el acta mediante el que se documentó esa diligencia de investigación.

2) Ahora bien la doctrina de esta Sala -vid STS 286/ 2016 17 abril - parte de una presunción de legalidad en la obtención de la muestra y del perfil genético anterior inscrito en la base de datos que desplaza la carga probatoria a aquel que pone en cuestión la licitud de dicha actuación invocando el origen irregular de las muestras. En efecto que la premisa de la que se quiere partir -implícita pero evidente- que no puede admitirse es que, en principio, hay que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario.

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

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

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

En este sentido la STS. 709/2013 de 10.10 , declaró que "no existen nulidades presuntas y si bien la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe



a la parte acusadora, pese a ello, la Ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias. Por ello cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad, compete a la acusación su acreditamiento. Pero si conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba.

Como afirma la STS. 680/2011 de 22.6 : "el origen de la muestra indubitada - más bien perfil genético- que se reflejó en el informe anterior... el cual procedente de un laboratorio oficial, habrá que otorgarle una presunción de autenticidad en sus actuaciones, que podrá ser enervada mediante una impugnación debidamente razonada, como recoge nuestra jurisprudencia (...) hay que admitir que las muestras biológicas indubitadas tomadas al acusado con ocasión de los hechos -en nuestro caso las dubitadas halladas en el mechero- origen del sumario no sirvieron para la realización de la prueba de ADN de este caso, sino que se utilizó un perfil genético ya objeto de un anterior informe e inscrito en las bases de datos.

Ahora bien, esta práctica no invalida el informe emitido, dado que *la LO. 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, precisamente crea la base de datos para su utilización no solo en el marco de una investigación penal concreta, sino para las futuras.,

Por ello, la presunción debe ser justamente la contraria a la obtenida por el recurrente. En principio -sigue diciendo la STS. 680/2011 de 22.6 - y hasta no se demuestre lo contrario- y no se olvida que quien aduzca la irregularidad debe probarla en las actuaciones en el curso de una investigación policial o judicial deben reputarse legalmente efectuadas.

Y es que, en definitiva, lo que se cuestiona aquí es la normalidad de las muestras que se utilizan en la base de datos genética creada al amparo de la LO. 10/2007 de 8.10, que, por cierto establece un importante ámbito de protección en salvaguarda de la intimidad de las personas.

Es obvio que tal finalidad no puede servir de excusa para cualquier forma de proceder en la toma de datos e incorporación de los registros creados, pero no lo es menos que las posibles irregularidades cometidas deberán denunciarse en la forma y manera que allí se establece.

Así en STS. 794/2015 de 3.12 , con cita SS. 827/2011 de 14.7 , y 880/2011 de 26.7 , que la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico, cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado.

Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse a la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial. Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación (STS 709/2013, de 10 de octubre).

Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción iuris tantum que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción.

Por tanto, esta Sala señala que efectivamente, el acusado puede impugnar o negar la validez del acceso a esa base de datos de esa reseña genética indubitada, el cual, como acabamos de señalar, con arreglo a la LO. 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, solo puede tener lugar previo consentimiento del imputado con la correspondiente asistencia letrada o a falta



de éste y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial. Puede en consecuencia la defensa del imputado solicitar se traiga al proceso el expediente de incorporación de su reseña genética a esa Base de Datos de ADN de interés criminal (ADNIC). La presunción de veracidad existe, pero es una presunción "iuris tantum", de forma que el imputado puede acreditar en el procedimiento la ilicitud del acceso de esa reseña genética indubitada a la indicada Base de datos -por ejemplo por no existir asistencia letrada en el consentimiento del imputado o por no existir, en su defecto, autorización judicial- (STS 709/2013, 10 de octubre).

Conforme la STS. 948/2013 de 10.12 , podemos establecer las siguientes conclusiones:

-En primer lugar, se parte de la presunción de legalidad y veracidad de los resultados que constan en la base de datos de ADN con relación a su utilización en otras causas. Ahora bien esa presunción de veracidad es "*iuris tantum*", de forma que "... el imputado puede acreditar en el procedimiento la ilicitud del acceso de esa reseña genética indubitada a la indicada Base de datos.

-En segundo lugar, y con base a lo expuesto anteriormente, la identificación entre la muestra de la base de datos y la obtenida en otra nueva causa diferente "es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio". Esto sucederá en tanto que ... el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la casa enjuiciado y las muestras precedentes de la causa anterior".

-En tercer y último lugar, resulta evidente la necesidad de garantizar el derecho del imputado a la prueba en una doble faceta: la primera para cuestionar e impugnar la prueba obtenida de contrario, en este caso el resultado de la muestra de ADN obrante en la base de datos policial y procedente de una causa anterior. La impugnación puede dirigirse frente al modo y la forma en la que se obtuvo como el resultado mismo de la prueba. La segunda para solicitar la práctica de prueba en el procedimiento judicial en el que está siendo enjuiciado, en el tiempo y la forma previstos en la Ley ofreciendo, en este caso, una muestra de ADN por parte del imputado -ello es así, como se destaca por algún autor, porque la impugnación formal de la muestra de ADN obrante en la base de datos puede ser del todo insuficiente sin la correlativa solicitud de prueba de ADN por parte del imputado-.

Criterio este que prevaleció en el segundo punto del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 24.9.2014 "***Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción.***"

La razón de dicha exigencia -se dice en la STS. 734/2014 de 11.11 .- dictada como consecuencia de dicho acuerdo plenario, es doble. En efecto, pues por un lado guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrada en el art. 11,1º LOPJ , que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la Disposición adicional tercera de la Ley orgánica 10/2007 el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma.

SEGUNDO.- En el caso sometido a nuestra revisión casacional la sentencia de instancia tras exponer de forma extensa y detallada (fundamento derecho 3º) la doctrina de esta Sala sobre la identificación de un acusado en base a los indicadores de ADN existentes en la base policial regulada en la LO. 10/2007 de 8.10, y la necesidad de consentimiento con asistencia de letrado, para la toma de muestras cuando el imputado se encuentre detenido, concluye en el fundamento derecho 4º que la identificación de Segundo en virtud de las tomas indebidas de ADN son correctas y ajustadas a Derecho y ello le relaciona, con las muestras indubitadas de las prendas halladas en las inmediaciones del lugar en los que se encontró el ADN.

Argumentación correcta en lo esencial, debiendo solo destacarse como la hipótesis que desarrolla de que el hoy recurrente no se encontrara privado de libertad cuando prestó su consentimiento para la primera toma de muestras, aparece altamente probable, rayana en la certeza.

En efecto la detención y la asistencia letrada fue el día 18 julio 2009, la toma de muestras el 20 de julio 2009, a las 19,17 horas, el juicio rápido por malos tratos en el ámbito familiar señalado a las 10,00 horas de ese mismo día 20 de julio, y siendo la sentencia de conformidad dictada in voce, cabe presumir que se encontraba en libertad en el momento de aquella toma, dado que la propia sentencia condenatoria en su encabezamiento recoge que Segundo estaba en situación de libertad provisional por esta causa -sin que pueda aceptarse la alegación del recurrente de que una cosa es el momento en que se dicta la sentencia y otro el momento en que se documenta por escrito, dado que si en el fallo de la sentencia se acuerda "mantener la situación



de libertad provisional es porque ésta ya existía en el momento de celebración del juicio, toma de muestras aquella que como se declara en la hoja de consentimiento informando para toma de ADN (obrante al folio 421, Tomo II Rollo Sala), se realizó con pleno conocimiento del hoy recurrente: "el abajo firmante, en presencia de la fuerza actuante, declara que dona voluntariamente muestras biológicas a efectos de investigación policial de acuerdo con la LO 15/99 de Protección de Datos de carácter personal. Éstas muestras serán usadas para la obtención del perfil genético (ADN), a los meros efectos de identificación: le informa que dicho perfil genético será introducido en el fichero de ADN de Interés Criminal (ADNIC)) de la Dirección General de la Guardia Civil", advirtiéndole igualmente la posibilidad de ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Y en todo caso aunque se asumieran las impugnaciones del recurrente en orden a la falta de acreditación de este extremo al no haber constancia de la hora exacta en que el juicio se celebró ni el momento en que se acordó una libertad provisional, y en relación a que la impugnación sobre la forma de obtención de la muestra indubitada sin que estuviera asistido del estado, la realizó en otros escritos que obran en la pieza de situación personal, lo cierto es que obra en las actuaciones, que tras la detención de Segundo , se practicó una nueva toma de saliva el 20 noviembre 2014, folio 26, tomo IV, cuyo resultado consta al folio 198 del tomo V, y el perfil genético de Segundo coincidía con el hallado en las muestras dubitadas del legins y guante negro encontrados en las proximidades del lugar del hecho. Toma de muestras asistido del letrado e intérprete a la que prestó el acusado su consentimiento.

TERCERO.- El motivo cuestiona que sea una prueba independiente y autónoma, desconectada casualmente de la primera al estar vinculada a la inicial vulneración.

Impugnación inasumible.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Algo similar se aprecia en la práctica procesal francesa con el "*principio de lealtad en la aportación de la prueba*", en la alemana, en la que se aplica la "*teoría de la ponderación de intereses*" por la que la vulneración de una prohibición probatoria no conlleva necesariamente la prohibición de utilización de la prueba derivada ("*fernwirkung des Beweisverbots*"), en función de la gravedad del hecho y el peso de la infracción procesal concreta, o en el sistema procesal penal holandés en el que la ilicitud probatoria se introdujo en 1996 en el art



359 del Código de Procedimiento Procesal, pero en el que la calificación de una prueba como derivada de otra prueba ilícita no acarrea necesariamente la aplicación de una regla de exclusión, aplicándose los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

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

Conexión de antijuricidad descartable en el caso presente, dado que la posibilidad de práctica de esta segunda prueba es conforme con la doctrina jurisprudencial antes expuesta para los casos de impugnación por el acusado de la validez de la prueba que tuvo acceso a la base de datos policial sobre identificadores genéticos, máxime cuando aquella prueba fue consentida, tal como precisa la sentencia recurrida, "y se hizo tras la toma de declaración a Segundo en que se le formularon preguntas (f. 24) sobre su presencia en el establecimiento de Cabanes y en relación a ciertas prendas, dando el detenido una justificación sobre la tenencia de las mismas y como pudieran haberlas perdido en un descuido. Se le llegaron a mostrar fotografías del guante y de la media, para ver si eran suyos. Tras ello accedió a la toma de la muestra. Consideramos que no hacía falta indicar ni explicar, máxime con letrado presente, el sentido del interrogatorio sobre las prendas y la finalidad de cotejo a que obedecía a la toma que después se hizo. Por ello entendemos que en la peor de las hipótesis (la de la ilicitud de la anterior toma de 20 de julio de 2009), habría existido una desconexión de la antijuricidad".

El motivo por lo expuesto se desestima.

CUARTO.- El motivo segundo denuncia la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE, en tanto que no se ha respetado la cadena de custodia en la recogida, almacenamiento, y conservación de las prendas de las que se tiene el ADN dubitado.

El recurrente discrepa del criterio de la Sala de instancia respecto de que no puede hacerse ninguna objeción formal al quebrantamiento de la cadena de custodia por cuanto, al poco de producirse la muerte de Isaac compareció la Policía Judicial en el lugar de los hechos, realizando una inspección minuciosa y detallada en la que no se intervinieron los efectos de los que se extrajo el ADN del acusado, siendo ilógico pensar que ni en las inmediaciones de la vivienda se encontraban tales efectos no se percataran de su existencia los agentes intervinientes.

Señala que las prendas fueron encontradas por un amigo del fallecido - Victorino - que incurrió en múltiples contradicciones- 36 horas después de ocurrir los hechos y las metió en una bolsa y las colgó de un palo, permaneciendo más de un día al aire libre, y no fueron recogidos por la Policía, hasta más de dos horas después de los hechos.

Lo anterior lleva al recurrente a afirmar que ha existido una ruptura de la cadena de custodia y que por tanto no se deberían de haber valorado las pruebas de ADN extraído de las prendas y al no hacerlo así la sentencia incurre en la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

El motivo se desestima.

Como hemos dicho en reciente STS 682/2017 de 18 octubre, el problema que plantea la cadena de custodia ha sido resuelto con reiteración por esta Sala -ver SSTS 976/2011 de 6 julio, 347/2012 del 25 abril, 773/2013 del 23 octubre, 1/2014 del 21 enero, 714/2017 de 26 septiembre-, en el sentido de que, en el sentido de que la irregularidad de la "cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.



En similar sentido la STS. 545/2012 de 22.6 , resuelve que bien es cierto que la vulneración de la cadena de custodia puede tener un significado casacional, pero no como mera constatación de la supuesta infracción de normas administrativas, sino por su hipotética incidencia en el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

En igual sentido la reciente STS 277/2016, de 6-4 , resuelve que la cadena de custodia no es una especie de liturgia formalizada en la que cualquier falla abocaría a la pérdida de toda eficacia. Lo explica bien la STS 795/2104, de 20 de noviembre: *"La cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez. SSTS 129/2011 de 10 de Marzo ; 1190/2009 de 3 de Diciembre ó 607/2012 de 9 de Julio (STS núm 1/2014, de 21 de enero).*

Constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. No es prueba en sí misma. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial. A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis (STS núm. 587/2014, de 18 de julio).

En línea semejante la STS 777/2013, de 7 de octubre , contiene estas consideraciones:

"La cadena de custodia sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías. Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuricidad). Sin embargo la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio" , adelantemos, no obstante, que no puede otorgarse relevancia al hecho que se haya vulnerado el protocolo exigido por la Orden JUS 1291/2010, de 13-5, por lo que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Por último la STS. 147/2015 de 17 de marzo , insiste en que "se viene entendiendo por la doctrina como " cadena de custodia" el conjunto de actos que tienen por objeto la recogida, el traslado y la conservación de los indicios o vestigios obtenidos en el curso de una investigación criminal, actos que deben cumplimentar una serie de requisitos con el fin de asegurar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de las fuentes de prueba.

Esta Sala tiene establecido que la *integridad de la cadena de custodia garantiza* que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Al tener que circular o transitar por diferentes lugares la sustancia prohibida intervenida en el curso de la investigación de los delitos contra la salud pública, es necesario para que se emitan los dictámenes correspondientes tener la seguridad de que lo que se traslada es lo mismo en todo momento, desde que se interviene hasta el momento final en que se estudia y analiza y, en su caso, se destruye" (SSTS 6/2010, de 27-1 ; 776/2011, de 26-7 ; 1043/2011, de 14-10 ; 347/2012, de 25-4 ; 83/2013, de 13-2 ; y 933/2013, de 12-12).

También se tiene dicho que la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción intervenido; se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido alteración alguna (STS 1072/2012, de 11-12).

Y la STS 600/2013 de 10 de julio señala que "La finalidad de asegurar la corrección de la cadena de custodia se encuentra en la obtención de la garantía de que lo analizado, obteniendo resultados relevantes para la causa, es lo mismo que fue recogido como muestra. Y aunque la pretensión deba ser alcanzar siempre procedimientos de seguridad óptimos, lo relevante es que puedan excluirse dudas razonables sobre identidad e integridad de las muestras. Así, la jurisprudencia ha admitido, STS 685/2010 , entre otras, que las declaraciones *testificales*



pueden ser hábiles para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia, excluyendo dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras recogidas y analizadas."

Por su parte, en la STS 587/2014 de 18 de julio, se precisa que "resulta obligado insistir en que la nulidad probatoria que se reivindica no puede hacerse depender del cumplimiento de una Orden ministerial, cuya importancia resulta decisiva para la ordenación de la tarea de recogida y traslado de muestras que van a ser objeto de análisis científico, pero que en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales de prueba. Una vez más, nos vemos obligados a recordar que la prueba de ese recorrido de las piezas de convicción y de su *mismidad* es una cuestión fáctica, que no queda subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria que, por su propia naturaleza, *no puede mediatizar* la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad de esa custodia. De la observancia de esa norma reglamentaria se sigue una mejor ordenación de la actividad administrativa de preparación y remisión de las muestras que hayan de ser objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Es indudable que la gestión de esas muestras no puede quedar abandonada a la iniciativa individual de cada una de las unidades orgánicas de Policía. De ahí la justificación de esa norma. Y es indudable también que su observancia contribuirá -como anuncia la Exposición de Motivos de la referida O.M- a encauzar correctamente los análisis y a despejar cualesquiera dudas acerca del mantenimiento de la cadena de custodia. Sin embargo, la infracción de alguna de las previsiones reglamentarias de la OM, con la consiguiente cuestión acerca de si las muestras intervenidas son las mismas que las que han sido objeto de análisis, *no puede resolverse conforme a una concepción burocratizada*, con arreglo a la cual cualquier omisión de las previsiones de aquella norma haya de conducir de forma irremediable a la nulidad probatoria. Insistimos, esa norma reglamentaria impone uniformidad en las labores administrativas de recogida y envío de muestras, pero no tiene por objeto integrar el régimen de nulidades probatorias. La vulneración de alguno de los dictados de aquel reglamento actúa como llamada de aviso acerca de la necesidad de reforzar las cautelas a la hora de concluir la integridad de las muestras, pero no se impone a la tarea jurisdiccional relacionada con la fiabilidad de la prueba".

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia -fundamentos de derecho quinto-analiza el hallazgo de las pruebas -legins negro y guante negro-, con ADN dubitado y la cuestión de la cadena de custodia desde su recogida, llegando a la conclusión de forma razonada y motivada de por qué la cadena de custodia sobre referidas prendas halladas en la parte trasera de la edificación donde el crimen se perpetró, no puede recibir objeción formal.

Así argumenta que tales prendas según ha venido contando siempre Victorino, vecino del fallecido, las encontró en la parte trasera de la casa, en la curva del camino que da a la casa, como a 4 o 5 metros de la vivienda del fallecido. Indicó que lo encontró al día siguiente y dentro de la zona precintada. Se sabe que el día antes no estaban allí, deduciendo que las habría encontrado una perrita por las cercanías, tras la intervención de la Policía Judicial y las habría llevado hasta el lugar donde él las encontró. Se limitó el testigo a cogerlas con cuidado y metidas en una bolsa colgarlas al lado del gallinero para dar cuenta a la Policía Judicial en el momento en que apareció para quitar los precintos.

Efectivamente el TIP NUM000 ha indicado como les avisó Victorino del hallazgo, fotografiando las mismas y el lugar donde dijo que las halló. Así se hizo constar en las diligencias policiales NUM001. Recogidas y entregadas por el TIP NUM000 el 24 de sept. de 2013. Recepción custodia y remisión al laboratorio Central de Criminalística de la G. Civil de Madrid por parte del TIP NUM002. Fueron entregadas al Juzgado, y remitidas al Departamento de Biología del SECRIM de Madrid mediante oficio de 2 de octubre de 2013. F. 416 y ss del Rollo.

Consecuentemente nos encontramos ante un hallazgo casual por parte de un particular que avisa la policía de tal descubrimiento, interviniendo a continuación agentes de la policía judicial, en concreto el TIP NUM000 quien ratifico como testigo el modo en que aquél particular le indicó el descubrimiento de las prendas estando la posterior cadena de custodia debidamente documentado en la causa (anexo 3, folios 423 a 429 del rollo de sala) obrando fotografías del lugar donde estaba el poste en el que Victorino depositó la bolsa de plástico en la que estaban las prendas, (folios 426 y 427).

El motivo por lo expuesto se desestima.

QUINTO.- El motivo tercero por la vía casación del art. 5.4 LOPJ, denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E., por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundamentar un fallo condenatorio.

El motivo se formula un carácter subsidiario al anterior para el supuesto de que se entendiera que las pruebas de ADN no se han practicado con vulneración de los derechos fundamentales, pues aún cuando se valorara dicha prueba la presunción de inocencia del recurrente habría permanecido incólume, dado que el proceso mental razonador seguido por el tribunal no se ajusta a los criterios valorativos de prudencia y racionalidad a la hora de analizar la prueba indiciaria, sin que ninguno de los indicios conduzca de manera indefectible a la



conclusión que llega la Sala, para cuestionar a continuación cada uno de los hechos: la aparición de pruebas de su ADN, al ser objetos móviles que pueden viajar y ser fácilmente desplazables, por lo que los vestigios genéticos han podido quedar fijados antes o con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos, o en otro lugar al asentarse sobre un objeto móvil, que el ADN se interviene sobre unas pruebas utilizadas para cometer robos; la visita realizada al lugar meses antes en relación con la comisión de un robo en el lugar; que el teléfono estuvo apagado durante el tiempo de la intervención. A lo que debe unirse el hecho de que la Sala "a quo" no valora la prueba de descargo, para concluir que no ha existido actividad probatoria mínima y suficiente de cargo y que contenga elementos incriminatorios.

El motivo se desestima.

La Sala de instancia, fundamento derechos sexto "sobre la prueba de la participación de cada acusado en los hechos", considera que lo que acredita que Segundo es autor de los dos delitos objeto de acusación tiene carácter indiciario, a partir de los siguientes datos:

a.-) La aparición de las *prendas con su ADN* en la proximidad de acceso al lugar donde los hechos se ejecutaron. Bien que aparecieron al día siguiente, después del rastreo policial de la zona y a unos metros de la ventana por la que accedió el autor (o los autores) según muestran los signos en la zona y pared de la ventana en las fotografías, pero lo interesante es que este ADN pertenecía a una persona que, más allá de si las descubrió y las acercó una perrita desde la proximidad donde se encontraron, residía a unos 430 kms en Villarrubia de los Ojos (Ciudad Real) y que no hay explicación mínimamente aceptable para que su ADN se encontrara en ese lugar al día siguiente.

b.-) El tipo de prendas donde se encontró el ADN es sumamente sugerente. No se encontró en un vaso, en una servilleta del restaurante que se correspondiere con un cliente al uso del negocio. Se trataba de un guante de color negro y un legins de idéntico color con un nudo a modo de servir de tope como capucha para cubrir el rostro y con dos agujeros para los ojos, en definitiva prendas genuinamente enlazadas al modus operandi de un asaltante nocturno conforme a máximas de común experiencia.

c.-) La visita previa hecha por Segundo y otros al lugar previamente (sea en el mes de agosto o incluso en junio como Jose Pablo indicó), tan rara como venir desde Villarrubia de los Ojos y regresar en un solo día (unos 850 kilómetros recorridos).

Es de interés al efecto, la declaración del acusado Jose Pablo quien tanto en la G. Civil (f. 69 como detenido ratificando todo lo que antes había manifestado como testigo, y hecha ante su letrado por lo que no tiene el menor efecto que ante hubiera podido decirlo como testigo) como antes el Juez de Instrucción (f.286) como en la plenario, sitúa a Segundo a quien conoce como Heraclio en la fugaz visita hecha con él y su primo Luciano y otro a Cabanes desde Villarrubia de los Ojos, para estar 20 minutos en el establecimiento que resultó ser donde estaba Almudena trabajando en la prostitución.

d.-) Admitió Jose Pablo que en la *conversación* de sus acompañantes dijeron que en un prostíbulo se movía dinero y luego en la conversación de regreso el primo de Luciano, en lenguaje rumano gitano, el primo de Segundo dijo " *aquí se puede* ".

e.-) El teléfono del acusado estuvo *apagado* o al menos *inactivo* durante todo el tiempo de ejecución. Algo insólito a la vista del historial y frecuencia de utilización diaria. (informe al f. 32 del tomo V) y altamente casual en la coincidencia cronológica con el tiempo del crimen. Se verifica que el día antes de los hechos, 21 de setiembre en apenas cuatro horas desde las 9,40 horas hasta las 13,22 se realizaron 15 comunicaciones. A partir de esa hora, no se vuelve a utilizar el aparato hasta las 12,33 del día siguiente, a partir del cual de nuevo se registra un nuevo un flujo de 14 utilizaciones en pocas horas. O sea casi 24 horas en la casualidad de no utilizarse el aparato (ni llamar ni recibir llamadas), cuando Segundo dijo en juicio que nunca lo llevaba apagado. Y en la casualidad de coincidir tal paréntesis de pasividad con los momentos en que los hechos transcurrieron, incluidos el tiempo necesario para salir de Villarrubia de los Ojos hacia Cabanes y regresar.

f.-) Así mismo la explicación -aparte de cambiante- dada por el acusado Segundo desde su primera declaración sobre la razón de como pudiera haber perdido en aquella fugaz visita al local de Cabanes un juego de prendas (que en realidad es un kit de asaltante), y la razón de porqué tenía y utilizaba esas pertenencias, había dicho antes que eran para el frío y que podían ser de una hermana, y luego en el juicio novedosamente que para aliviarse las muñecas en la utilización de las tijeras en la recolección de frutas, no son alternativa aceptable.

Los consignados son indicios plurales y concomitantes que sin alternativa razonable determinan, bajo reglas de la lógica en el discurrir, a una conclusión. Fue Segundo la persona quien junto con otros preparó el robo en la casa habitada, haciendo un viaje desde su residencia situada a unos 430 km. para verificar las condiciones del lugar en cuanto a sitio de interés (lugar de movimiento de dinero) y en cuanto a la factibilidad de hacerlo



(sitio solitario y con accesos posibles). Y fue Segundo quien intervino materialmente en la ejecución de los hechos para, solo o probablemente con otros, golpear a Isaac y darle muerte en la forma descrita en el factum y sustraer el dinero y los efectos indicados.

No cabe otra alternativa posible, en cuanto que no hay manera de entender la razón de una visita previa al lugar en semejantes condiciones, de una conversación de vuelta con un contenido semejante, de semejante hallazgo de ADN determinado en unas prendas halladas cerca del lugar, prendas propias de la cautela de autor de un crimen, un crimen cometido unas horas antes del hallazgo de las mismas.

Siendo así la convicción alcanzada por el tribunal sentenciador sobre la intervención del recurrente los hechos, en modo alguno puede considerarse arbitraria o contraria a las reglas de la lógica un las máximas de experiencia.

1º) en efecto habrá de recordarse SSTS 286/2016 de 7 abril , 615/2017 8 julio , 682/2017 de 18 octubre , que los análisis de ADN forman parte de una prueba pericial que, como tal, deberá ser valorada. En este caso las cuestiones que son incontrovertibles para la ciencia deberá tenerlas así el Juez. Por ejemplo, cuando los marcadores genéticos de una persona contrastados con los aparecidos en el lugar de los hechos no coinciden, la ciencia afirma radicalmente que debe excluirse que las muestras biológicas encontradas en el lugar de los hechos pertenezcan al sospechoso. Por el contrario, si ambas muestras coinciden, la ciencia nos proporciona una alta probabilidad estadística. La prueba pericial de ADN es una prueba basada en conocimientos científicos y ha de someterse su valoración por el Juez a las limitaciones indicadas, pues el principio de libre valoración de la prueba no permite que el Juez vaya por caminos contrarios a los que para la ciencia son indiscutibles -lo que podría ser impugnado por la vía del art. 849.2 LECrim -.

En este sentido la STS. 3/2013 de 15.1 nos dice como "...el estado de la ciencia permite reconocer un gran efecto probatorio a las pruebas de ADN, en cuanto conducen a la identificación de la persona que dejó los restos que se analizan con un irrelevante margen de error. Una vez identificada la persona, la cuestión es establecer si ello permite considerar probada su participación en el hecho".

Como conclusión, respecto al valor probatorio de la prueba de ADN debe considerarse que constituye un indicio especialmente significativo, es decir de "una singular potencia acreditativa" debiendo admitirse su efectividad para desvirtuar la presunción de inocencia **en cuanto constituye prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en que la huella genética se encuentra si éste es un objeto fijo, o permite esclarecer con seguridad prácticamente absoluta que sus manos - en el presente caso- han estado en contacto con la superficie o objeto en que aparecen, en el caso de objetos muebles móviles.**

La conexión de estos datos con la atribución al titular del vestigio genético de la participación en el hecho delictivo, necesita sin embargo, un juicio lógico deductivo, sólidamente construido, del que pueda deducirse, sin duda racional alguna que, por el lugar en que se encuentra aquel o por el conjunto de circunstancias concurrentes éste necesariamente procede del autor del hecho delictivo. Por el contrario, cuando es factible establecer conclusiones alternativas plausibles basadas en la incertidumbre el proceso valorativo debe decantarse por una sentencia absolutoria.

En definitiva la cuestión planteada en estos casos exige analizar si en el supuesto concreto enjuiciado puede deducirse por el lugar u objeto en que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes, que esta necesariamente procede del autor del hecho delictivo, sin duda racional alguna, o bien debe establecer conclusiones alternativas plausible que conducen a la incertidumbre o la indeterminación, porque los vestigios genéticos han podido quedar fijados antes o con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos o en otro lugar si se asientan sobre un objeto mueble o móvil.

Pues bien la problemática sobre la aparición del perfil genético en unos objetos móviles como son unas prendas que pudieron contaminarse en otro lugar, no pasa de ser una mera especulación, y como hemos dicho en SSTS. 597/2014 de 12 . 76 y 732/2013 de 10.10 , si bien es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal *a quo*, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de este último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inacceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis esté dotada de un grado de confirmación



prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Y en el caso presente no olvidemos que el ADN hallado en las prendas pertenecía a una persona como este acusado que residía a unos 430 km del lugar de los hechos, sin que haya explicación razonable de cómo su ADN se encontró en ese lugar al día siguiente de ocurrir los hechos.

2º) en cuanto al valor de la declaración del coimputado Jose Pablo sobre el viaje anterior al local en compañía de Segundo y otras personas para cerciorarse de las condiciones del establecimiento en orden a la posibilidad de realizar un robo, esta sala tiene declarado SSTS, 577/2014 de 25 de marzo , 426/2016 de 119 de mayo , 960/2016 de 20 diciembre , consciente de que el testimonio del coacusado sólo informa limitada, puede someterse a contradicción -justamente por la condición procesal de aquél y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar con su propia incriminación (STC. 57/2002 de 11.3 , 132/2002 de 22.7 , 132/2004 de 20.9), ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria, y así ha exigido un plus probatorio, consistente en la necesidad de su corroboración mínima de la misma.

En este sentido la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 60/2012 de 8.2 ; 84/2010 de 18.2 ; 1290/2009 de 23.12) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio , entre otras).

Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que desmarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda



la STC 68/2001, es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTC. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las sentencias Tribunal constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este **son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena** (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3º y 34/2006 de 13.2),), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

Bien entendido, como se ha subrayado en SSTC. 160/2006 de 22.5 y 148/2008 de 17.11, que ha de resaltarse que el que los órganos judiciales razonen cumplidamente acerca de la credibilidad de la declaración del coimputado con base en consideraciones tales como su cohesión o persistencia, o en la inexistencia de animadversión, de fines exculpatorios en la misma, o en fin, de una aspiración de un trato penal más favorable carece de relevancia alguna a los efectos que aquí se discuten; esto es, tales factores no se alzan, por sí mismos, en elementos externos de corroboración, sino que únicamente cabe su aplicación cuando la prueba era constitucionalmente apta para enervar la presunción de inocencia, por lo que es preciso que el testimonio disponga, como paso previo, de una corroboración mínima proveniente de circunstancias, hechos o datos externos al mismo. Así es, pues obvio resulta que aquellas apreciaciones afectan, justamente, a la verosimilitud de la declaración o, lo que es igual, a elementos o circunstancias propias o intrínsecas a las personalidad o motivaciones del declarante, por lo que en modo alguno pueden considerarse como hechos o datos autónomos que sirvan para respaldar su contenido (SSTC 65/2003 de 7.4, 118/2004 de 12.7, 258/2006 de 11.9).

Ahora bien, si como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a la conducta delictiva "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (SSTC. 233/2002 de 9.12, 92/2008 de 21.7).

En definitiva, esta doctrina del Tribunal constitucional podemos resumirla (STS. 949/2006 de 4.10) en los términos siguientes:

a) *Su fundamento se encuentra en que estas declaraciones de los coacusados sólo de una forma limitada pueden someterse a contradicción, habida cuenta de la facultad de no declarar que éstos tienen por lo dispuesto en el art. 24.2 CE que les reconoce el derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, lo*



que constituye una garantía instrumental del más amplio derecho de defensa en cuanto que reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación.

b) La consecuencia que de esta menor eficacia probatoria se deriva es que con sólo esta prueba no cabe condenar a una persona salvo que su contenido tenga una mínima corroboración.

c) Tal corroboración aparece definida como la existencia de cualquier hecho, dato o circunstancia externos apto para avalar ese contenido en que consisten las declaraciones concretas de dichos coacusados.

d) Con el calificativo de "externos" entendemos que el TC quiere referirse a algo obvio, como lo es el que tal hecho, dato o circunstancia se halle localizado fuera de esas declaraciones del coimputado.

e) Respecto al otro calificativo de "externos", entendemos que el TC que no puede concretar más, dejando la determinación de su suficiencia al examen del caso concreto. Basta con que exista algo "externo" que sirva para atribuir verosimilitud a esas declaraciones.

En el caso actual -como destaca la sentencia recurrida- la declaración de Jose Pablo -al que no se le descubre motivo alguno espurio o beneficio que pueda reportarle lo narrado- aparece corroborada parcialmente en cuanto a la visita previa en el vehículo de Segundo , por las propias declaraciones de este y además por la prueba pericial de ADN de las prendas.

3º) respecto a las explicaciones del acusado Segundo de cómo pudo perder aquellas prendas en aquella fugaz visita meses antes al local, que la Sala tilda de "rocambolesca" en cuanto supondría haber perdido dos prendas meses antes en aquel lugar fugazmente visitado, que alguien las encontrara y utilizara sin dejar su ADN, propio, las pusiera a su vez y aparecieran al día siguiente de haber cometido un crimen y a escasa distancia del lugar.

En este sentido en SSTS 573/2010 de 3 de junio , y 615/2016 de 8 julio , hemos recordado que la versión que de los hechos ofrece el acusado constituye un dato que el Juzgado ha de tener en cuenta, pero ni aquél tiene que demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no resulta convincente o resulta contradicha por la prueba, debe servir para considerarlo culpable, pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá aceptar o rechazar razonadamente (STC 221/88 y 174/85).

Y en la STC 136/1999, de 20 de julio , se argumenta que "en lo concierne a las alegaciones, excusas o coartadas afirmadas por los acusados, importa recordar los siguientes extremos:

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

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

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

Por su parte, esta Sala tiene establecido que "las declaraciones del acusado tenidas por el Tribunal como carentes de crédito, y como excusas de escasa consistencia, es verdad que no tienen ciertamente valor como prueba de cargo, porque no es al acusado a quien compete probar su inocencia sino a la acusación desvirtuar la presunción de ella. Por lo tanto el escaso crédito de las explicaciones del acusado no incrementa el valor de la prueba de cargo, cuya capacidad como tal depende exclusivamente de su propio valor y eficacia. No hay más prueba de cargo porque sea menor el crédito de la de descargo. Pero ésta última cuando no es creíble mantiene íntegra la eficacia demostrativa de aquélla en cuanto que su valor probatorio como prueba de cargo no se ve contradicha eficazmente, en tal caso, por otra prueba de signo y resultado opuesto". (SSTS 97/2009, de 9-2 ; 309/20009, de 17-3; y 1140/2009, de 23-10).

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

En efecto se debe insistir en que la valoración de la manifiesta inverosimilitud de las manifestaciones exculporias del acusado, no implica invertir la carga de la prueba, cuando existen otros indicios relevantes de cargos. Se trata únicamente de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo



delictivo y una prueba indiciaria constitucionalmente válida, suficiente y convincente, acerca de la participación en el hecho del acusado, a dicha prueba no se le contrapone una explicación racional y mínimamente verosímil, sino por el contrario las manifestaciones del acusado, que en total ausencia de explicación alternativa plausible, refuerzan la convicción, ya racionalmente deducida de la prueba practicada (STS 29.10.2001).

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado, el recurrente cuestiona el valor de cada indicio, olvidando que esta Sala, SSTS. 260/2006 de 9 de marzo , 487/2006 de 17 julio , 56/2009 de 9 de marzo , 877/2014 de 22 diciembre , 719/2016 de 27 septiembre ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1 , 5883/2009 de 8.6 , 527/2009 de 25.5 , que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE , no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5 , rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, " *cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado ...*" la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio (SSTS. 631/2013 de 7.6 , 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10 , y 700/2009 de 18.6 - que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal *a quo*, que no toda inferencia que vaya del *hecho conocido* al *hecho ignorado* ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamente sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista



la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

Siendo así no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia, y a los parámetros de racionalidad y modificación exigibles, quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas de apoyo en sus exclusivas manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en éste caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11 - "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

RECURSO INTERPUESTO POR Jose Pablo

SEXTO.- El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , y al amparo del art. 849.1 y 2 LECrim , infracción por no aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia regulado en el artículo 24 CE y aplicación indebida de la teoría de los indicios, así como el principio In dubio pro reo, e infracción de Ley en relación con la aplicación indebida de los artículos 237 , 238.1 y 241 CP .

Se sostiene en el motivo que se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y que no existen los requisitos necesarios para la aplicación de los artículos del Código Penal citados. Las argumentaciones dadas en la fundamentación jurídica de la sentencia por las que se inculpa al recurrente en sí mismas no constituyen siquiera indicios, por lo que no ha existido prueba de cargo suficiente para dictar una sentencia condenatoria y que ni siquiera se presta en relación con los elementos de juicio manifestados por la sentencia, permitiría concluir que el acusado conociera que se iba a realizar ningún acto delictivo en el local que meses antes enseñó a otros acusados, y que, por el contrario, hay una duda razonable, al ser perfectamente asumible su declaración en cuanto que fueran al local porque en el mismo se encontraban "buenas chicas", y en los hechos probados no existe ningún elemento que pueda deducirse la comisión y participación en el delito, porque no existe prueba del elemento subjetivo, ni siquiera de manera indiciaria.

El motivo debe ser desestimado.

El tribunal de instancia- tal como señala el Ministerio Fiscal en su oposición al motivo- explicita en el fundamento jurídico sexto las pruebas de las que se ha servido, para llegar a la solución condenatoria del recurrente, como cómplice de un delito de robo en casa habitada, partiendo de sus propias declaraciones, prestadas durante la instrucción confrontándolas con las prestadas en el juicio oral, de donde resulta que fue precisamente el recurrente quien por conocer el lugar, acompañó días antes de los hechos, "*posiblemente en el mes de agosto*", al coacusado y a otros al local, por ser el quien conocía el establecimiento y proporcionó la información relativa a la posible existencia de dinero y objetos de valor en la vivienda, examinando las características de la vivienda, y según su propia declaración, el coacusado y los otros que le acompañaban acordaron el robo, precisando incluso el lugar por donde se podía entrar, pero es más, como se concreta en el referido Fundamento, **apartado B**, fue el recurrente según su declaración prestada tanto en la policía y **ratificada ante el Juez de instrucción (declaraciones introducidas a través de preguntas en el juicio oral y por lo tanto sujetas a contradicción)**, quien informó a Segundo de la existencia de un lugar de "*interés*", de un "*puti club que movía dinero*" y que acompañó a Segundo y a sus acompañantes al lugar de los hechos, y si bien en el juicio oral rectificó su declaración en el sentido de que se enteró del propósito del robo cuando volvían del viaje, la Sala descarta la nueva versión, por las fundadas razones que expresa, amén de que dichas declaraciones estarían corroboradas por el dato objetivo y contrastado de que al lugar del robo se penetró por la ventana señalada.

Razonamiento que debe asumirse en esta sede casacional. En efecto en relación a la posibilidad de valorar declaraciones anteriores del acusado, o de un testigo, no coincidentes con la prestada en el juicio oral, en



reciente STS 49/2018 de 30.1 , garantía esencial del derecho de defensa el que las pruebas se practiquen en el plenario, bajo el juego ineludible de los principios de publicidad, concentración, inmediatez y contradicción, pero ello no impide -como tiene esta Sala declarado, SSTS. 450/2007 de 30.5 , 304/2008 de 5.6 , 1238/2009 de 11.12 - que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se haya practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal , la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88 , S.T.S. 14-4-89 , 22-1-90 , 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal .

Esta Sala igualmente ha declarado (ver S. 113/2003 de 30.1) que las declaraciones de los testigos y los acusados aun cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediatez de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997 ; 14 de mayo de 1999). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral.

Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997 ; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el Art. 714 de la Ley Procesal , que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aun no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos (SSTS. 4.3.2002 , 17.7.2002 , 5.12.2003). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (Art. 708 párrafo segundo LECr .). Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la



sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial.

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, en cuanto a las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de inmediatez de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre ; 115/98, de 1 de junio ; y SSTs. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediatez, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

Situación concurrente en el caso presente en el que la sentencia analiza la versión del recurrente en el plenario al tratar de presentar su actuación como desconectada del plan de robo como si se hubiera enterado de las intenciones de Segundo y los otros viajeros cuando regresaban de la visita al local, versión que rechaza al ser evidente que tenía que conocer perfectamente la razón del viaje, pues este fue motivado por la información que dio. Otra cosa es que luego pudiera representarse el tipo o la modalidad de robo que los otros iban a cometer: si un robo con fuerza por medio de escalamiento, por uso de llave falsa, etc. o sí por medio de violencia o intimidación, pero no puede albergar la menor duda su conocimiento de robo por parte de los otros.

Siendo así no puede sostenerse la aplicación del principio in dubio pro reo que sólo se justifica en aquellos casos en los que el tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y los haya resuelto en contra del acusado (SSTs 2295/ 2001 de 4 diciembre , 836/2004 de 5 julio , 677/2006 de 22 junio , 999/2007 de 12 julio). Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir el tribunal que duda, la duda como tal no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino como se debe proceder en caso de duda.

De ahí que el Tribunal Constitucional tenga declarado que con la perspectiva constitucional, el principio in dubio pro reo en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la protección del recurso de amparo "ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por el tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas" (SSTC 103/95 de 3 julio , 16/2000 de 16 enero , 209/2003 de 1 de diciembre , 61/2005 de 14 marzo , 137/2005 del 23 mayo).

SEPTIMO.- El motivo segundo se invoca al amparo del artículo 5.4 LOPJ , y al amparo de los artículos 1 y 2 del art. 849 LECrim , por error en la apreciación de la prueba, al no constar debidamente probado el elemento subjetivo del tipo y error de derecho por contener la sentencia recurrida meros juicios de valor, conjeturas y deducciones subjetivas.

Considera que se ha incurrido en un error en la valoración de la prueba, pues en el juicio oral no se ha probado el elemento subjetivo del tipo e insiste en que el tribunal de instancia se ha basado en meras sospechas o suposiciones, sin que ninguno de los hechos que afirma hayan sido demostrados por prueba directa.

El motivo reproduce los argumentos del precedente por vía inadecuada del artículo 849.2 LECrim , error en la apreciación de la prueba, cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al error cometido por el tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar o descubriendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.



En todo caso el error a que atiende el motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por error de derecho se contempla en el primer apartado del prefecto procesal, art. 849 LECrim .

Consecuentemente el motivo deviene improsperable.

OCTAVO.- El motivo tercero al amparo del artículo 849 LECrim , por infracción de Ley en relación con la aplicación del artículo 29 CP .

Se sostiene en el motivo que no concurren los requisitos subjetivos ni objetivos exigidos jurisprudencialmente, para hablar de complicidad y por el mero hecho de conocer un prostíbulo con anterioridad y llevar al mismo al otro acusado y otras personas y aunque les oyera decir que el local era de fácil robo no significa tal cuestión que el recurrente fuera un auxiliar eficaz y consciente de los planes que quiere correr de profesores designó a firmar un libro que mejorase muy consolas que lo diferente porque sino no diferencias y mucho menos de la ejecución, ni que compartiera el dolo con los mismos ni que haya contribuido con acto alguno a la acción.

El motivo se desestima.

Como decíamos en SSTs 147/2007 del 28 febrero y 689/2014 de 21 octubre , la complicidad criminal requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado (STS. 1001/2006 de 18.10), no en términos de hipotéticas coyunturas comisivas. Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

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

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

En el caso presente partiendo de escrupuloso respeto a los hechos probados que exige la vía casacional del artículo 849.1 LECrim , quien por ser conocedor del lugar, no meses antes como afirma el recurrente, sino, *"en un día indeterminado del verano de 2013, posiblemente en el mes de agosto"* (el robo y asesinato se produce el 21 de septiembre de 2013), es quien suministra la información de las características del lugar al coacusado y a quien acompaña para reconocer el local donde se ejercía la prostitución, y donde tras su examen verifican que es factible perpetrar el robo planeado, incluso la posibilidad de acceso a la vivienda a través de una ventana, el hecho de su no participación directa en el robo, no priva al recurrente de la condición de cómplice en el la sustracción efectuada, no así, en el asesinato, que quedaba fuera como correctamente entiende la Sala, de la finalidad delictiva a la que prestaba su colaboración, pues se limitó a dar información del lugar donde podía existir dinero u objetos de valor, acompañar autores días antes para cerciorarse de las características de la vivienda y verificar la posibilidad de que los autores directos pudieran perpetrar un robo con fuerza (escalamiento), a través de la ventana.

Participación correctamente considerada de carácter accesorio, no necesaria pero que facilitó de forma eficaz la ejecución de delito del robo.

DECIMO.- Desestimándose los recursos las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).



FALLO

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

Debemos desestimar el recurso interpuesto por D. Segundo y D. Jose Pablo , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2.017 , que les condenó por delitos de robo con violencia y de asesinato y de cómplice de robo en casa habitada. Se les condena al pago de las costas de su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta, D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ