



Roj: **STS 3738/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3738**

Id Cendoj: **28079120012017100708**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/10/2017**

Nº de Recurso: **10129/2017**

Nº de Resolución: **682/2017**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 852/2016,**
STS 3738/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos de casación interpuestos por **Erasmus Teofilo** , **Evaristo Teodoro** , representados por las Procuradoras Sras. D^a. Irene Martín Moya y M^a Paz Santamaría Zapata, bajo la dirección letrada de D. Rafael José Vélez Aibar y M^a Dolores Barón Quintero, contra sentencia de fecha de 2 de diciembre de 2.016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva , que condenó por un delito de homicidio. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Ayamonte, instruyó sumario nº 1/2015 contra Erasmo Teofilo , Evaristo Teodoro , por un delito de homicidio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, que dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<hechos.- PRIMERO.- Alrededor de las 19.30 horas la tarde del 28 de marzo de 2015, Sabina Modesta se personó en la caseta del picadero de caballos de la FINCA000 , donde residían Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo , con intención de pasar la tarde allí y como hacía todos los sábados desde que en febrero de ese mismo año comenzase una relación con Evaristo Teodoro .

A lo largo de esa tarde noche, los tres bebieron cerveza y whisky,

SEGUNDO.- A una hora no determinada entre las 20 horas del 28 de marzo y las 0.30 horas del 29 de marzo de 2015, en el cuarto de baño de la vivienda de Erasmo Teofilo y Evaristo Teodoro , este último tuvo relaciones sexuales con Sabina Modesta , con penetración pero sin llegar a eyacular.

TERCERO.- Sobre las 00.30 horas del día 29 de marzo de 2015 Sabina Modesta abandonó la vivienda para dirigirse a su lugar de residencia, la FINCA001 donde trabajaba como temporera en tareas hortofrutícolas, finca que se encontraba a unos veinte minutos caminando desde el picadero.

CUARTO.- Entre las 00.30 y las 01.30 horas de la madrugada del día 29, Sabina Modesta y Erasmo Teofilo mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal y anal llegando Erasmo Teofilo a eyacular.

QUINTO. A esa misma hora, entre las 00.30 y las 01.30 horas del día 29, cuando se encontraban a unos trescientos metros de la vivienda de Sabina Modesta , en el camino de entrada a la FINCA001 , Evaristo Teodoro , en presencia de Erasmo Teofilo que no hizo nada por impedirlo, golpeó a Sabina Modesta con



intención de matarla. Para ello se sirvió de una barra metálica terminada en forma de "Y" que se encontraba sujetando a modo de tutor, junto con otros puntales semejantes, una palmera plantada al borde del camino.

SEXO.- Los golpes reiterados causaron a Sabina Modesta una serie de lesiones que produjeron su muerte sobre las 01.30 horas del 29 de marzo por hemorragia cerebral debida a politraumatismos craneales; dichas lesiones fueron:

1. Otorragia izquierda y herida transversa contusa con hematoma en el borde lateral del hélix y antehélix de pabellón auricular izquierdo.
2. Inflamación contusión del pómulo derecho.
3. Dos heridas contusas en hemicráneo izquierdo, una en zona temporal de 4,5 cm de largo y otra en zona occípito temporal de 2, 5 cm de largo.
4. Hematoma en región de hombro izquierdo que llega a cara interna de brazo izquierdo y hasta región axilar.
5. Lesión eritematosa lineal semicircular en forma de C, abierta para el lado inferior, con una distancia entre sus extremos de 3,5 cm.
6. Fractura abierta en cara posterior de antebrazo izquierdo, por debajo del codo de 2,5 cm de largo.
7. Lesión de epidermis superficial de forma circular de 0,4 cm de diámetro que asienta en borde cubital, tercio distal de antebrazo izquierdo.
8. Lesión eritematosa lineal semicurva de 1,5 cm de largo, en zona del costado izquierdo, por debajo de arcos costales laterales.
9. Lesión figurada en forma de raqueta de contornos rosados que asienta en nalga izquierda, zona del cuadrante supero externo, de 5 cm de largo por un cm de ancho.
10. Hematoma en lateral de muslo izquierdo hacia cara posterior de 9 cm de largo por 4 cm de ancho.
11. Pequeño hematoma de 2 cm de largo sobre la nalga derecha.
12. Fractura abierta de la diáfisis de la primera falange del 2º dedo de mano derecha, con casi sección completa de dicho dedo, que queda unido por elementos tendinosos.
13. Hematoma circular de 2 cm de diámetro en cara lateral del peroné derecho.
14. Dos heridas contusas del lado izquierdo de la cabeza con fractura del techo de órbita derecha.
15. Fractura de 1/3 distal de clavícula izquierda
16. Fractura-fisura del 4º arco costal del lado izquierdo antero lateral.
17. Fractura abierta en cara posterior de antebrazo izquierdo, por debajo del codo de 2,5 cm de largo.

A los que resultan de aplicación los consecuentes. >>

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

<<Fallo. >> 1. Que debemos absolver y absolvemos a Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo del delito de agresión sexual de que venían acusados.

2. Que debemos de condenar y condenamos a Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo , como autores criminalmente responsables del delito de homicidio, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena, a cada uno de ellos, de quince años de prisión, con accesoria de inhabilitación absoluta durante el cumplimiento de la condena; siéndoles de abono del tiempo de detención y de prisión preventiva sufrida por esta causa.

3. Establecemos un período de seguridad, acordando que ninguno de los dos condenados pueda ser clasificado en tercer grado penitenciario hasta que cumpla al menos la mitad de la pena.

4. Condenamos a Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo a que indemnicen, conjunta y solidariamente a Lourdes Hortensia , en la cantidad de cincuenta mil euros, siendo de aplicación a dicha cantidad lo prevenido en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

5. Condenamos a Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo al pago, por mitades, de la mitad de las costas procesales.

6. Se aprueba lo actuado por el Juzgado instructor en las piezas de responsabilidad civil de los condenados.



Se prorroga la situación de prisión provisional de Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta a los mismos, para el supuesto de que la misma fuese recurrida.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, Erasmo Teofilo, Evaristo Teodoro, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de Erasmo Teofilo

Motivo primero .- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del art 138 del Código Penal . **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Motivo tercero .- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender vulnerado el derecho a obtener la tutela efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la presunción de inocencia.

Motivos aducidos en nombre de Evaristo Teodoro

Motivo primero .- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender vulnerado el derecho a obtener la tutela efectiva y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a la presunción de inocencia. **Motivo segundo** .- Al amparo del art. 849 apartados 1 y 2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal y por infracción del artículo 851 apartados 1 y 3 del referido texto procesal. **Motivo tercero** .- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del art. 179 y 180.1.2 y 5 y 180.2 del Código Penal, así como por infracción del art. 138 del CP .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, procede la INADMISIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la DESESTIMACIÓN, de los motivos de los recursos, en los términos planteados, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día tres de octubre de dos mil diecisiete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Erasmo Teofilo

PRIMERO.- El motivo primero al amparo del artículo 849.1 LECrim, por aplicación indebida del artículo 138 CP .

Se argumenta que en el relato fáctico de la sentencia no concurren todos los requisitos del mencionado tipo penal, afirmando que no existe una sola prueba que implique que este acusado hubiera cometido los hechos y no existe la más mínima de que los hechos ocurrieran en su presencia.

Señala que el propio tribunal afirma que puede darse múltiples hipótesis de cómo ocurrieron los hechos, sin que ninguna de ellas pueda considerarse acreditada por encima de las demás aunque la más plausible para la Sala consiste en considerar que la víctima fue sorprendida por Evaristo Teodoro haciendo el amor con Erasmo Teofilo en un arrebato de ira la golpeó sin que Erasmo Teofilo hiciera nada por impedirlo.

El recurrente realiza una valoración subjetiva de las pruebas existentes en la causa: posición del cadáver, huellas significativas y restos biológicos hallados en las uñas y objetos de la víctima y en los encontrados en el lugar de los hechos, así como en las ropas de ambos acusados. Y ofrece una versión de cómo ocurrieron los hechos distinta a la plasmada la sentencia.

Así señala que estaban los tres en la finca donde trabajan y viven los dos recurrentes y que una vez que Evaristo Teodoro se queda dormido, sobre las 00:00 horas, Sabina Modesta y él mantienen relaciones sexuales consentidas por ambos. Señala que él se queda dormido, momento en que Sabina Modesta procede a vestirse y a despertar a Evaristo Teodoro para que, como siempre hace, la acompañe a la finca donde ella vive, distante por caminos unos veinte minutos a pie. Evaristo Teodoro se viste con celeridad, colocándose sobre sus calzoncillos la ropa de Erasmo Teofilo, camiseta gris, pantalón militar y su jersey de rayas, acompañando a Sabina Modesta hasta la finca donde ella vive. La salida de ambos, Evaristo Teodoro y Sabina Modesta, no llegó a despertarle. Durante el trayecto, por negarse Sabina Modesta a mantener con él otra relación sexual (habían tenido una antes en la vivienda de Evaristo Teodoro) por frustración e ira Evaristo Teodoro agarra una barra soporte de una de las palmeras de la entrada (el arma homicida) y la alcanza procediendo a



golpearla y provocándole las lesiones que causaron su muerte y una vez en el suelo, e inconsciente, le baja el pantalón y mantiene relaciones con ella, alejándose del lugar dejando a Sabina Modesta abandonada hasta su muerte y regresando a la vivienda, donde encuentra a Erasmo Teofilo dormido, se desnuda y se mete en la habitación hasta la mañana.

Y concluye que si no puede acreditarse la presencia de Erasmo Teofilo en el lugar de los hechos, no puede ser condenado, ni siquiera por omisión del deber de socorro, ya que no estuvo nunca en sus manos poder auxiliar a la víctima y alterar los hechos, al no tener la más mínima sospecha de lo que iba a ocurrir.

1º Con carácter previo debemos recordar la doctrina de esta Sala contenida, entre otras en SSTs 807/2011 de 19 julio , 605/2000 de 1 octubre , 714/2014 de 12 noviembre , 413/2015 de 30 junio , que establece los requisitos de este motivo casacional:

1) La casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

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

Consecuentemente no es factible por la vía del artículo 849.1 LECrim , construir un relato fáctico distinto del establecido en la sentencia, partiendo de que el recurrente Erasmo Teofilo no estaba presente en el lugar donde se produjo la muerte de la víctima y para ello sostiene que las ropas de Erasmo Teofilo , manchadas con sangre de Sabina Modesta , se las puso el coacusado Evaristo Teodoro al acompañar a ésta a su casa.

2º Ahora bien tal como argumenta el Ministerio Fiscal en su documentado escrito de impugnación del recurso, la cuestión esencial de este motivo, articulado por la vía del artículo 849.1 LECrim , y del recurso en general, no es otra que estimar indebida la aplicación del artículo 138 CP , por ser inaplicable el artículo 11 CP .



Pretensión a la que también hace referencia en el motivo tercero, en el que además de la alegación de no haberse practicado determinada prueba, argumenta de modo ciertamente sucinto que, incluso en el hipotético e improbable supuesto de que la presencia de Erasmo Teofilo en el lugar estuviese certificada, se trataría de un homicidio, en el cual, produciéndose el homicidio **episódico** de modo súbito, incidental o sobrevenido, sin previo planeamiento o de liberación, sólo serán responsables del delito, el ejecutor o autor material de la muerte y no los demás.

Para la ordenada resolución del motivo debemos partir del hecho probado, que recoge:

1º Que Sabina Modesta alrededor de las 19.30 horas la tarde del 28 de marzo de 2015, se personó en la caseta del picadero de caballos de la FINCA000 , que servía de vivienda a los dos acusados Evaristo Teodoro y Erasmo Teofilo , y los tres bebieron cerveza y whisky,

2º Que Evaristo Teodoro mantenía desde febrero una relación sentimental con Sabina Modesta , y entre las 20 horas del 28 de marzo y las 0.30 horas del 29 de marzo de 2015, tuvo relaciones sexuales con Sabina Modesta , con penetración pero sin llegar a eyacular con ésta en el cuarto de baño de la vivienda.

3º Que sobre las 00.30 horas del día 29 de marzo de 2015 Sabina Modesta abandonó la vivienda para dirigirse a su lugar de residencia, la FINCA001 donde trabajaba como temporera en tareas hortofrutícolas, finca que se encontraba a unos veinte minutos de caminando desde el picadero.

4º Que entre las 00.30 y las 01.30 horas de la madrugada del día 29, Sabina Modesta y Erasmo Teofilo mantuvieron relaciones sexuales con penetración vaginal y anal llegando Erasmo Teofilo a eyacular - relaciones que la Audiencia considera que no se ha acreditado no fueran consentidas-

5º Que a esa misma hora, entre las 00.30 y las 01.30 horas del día 29, cuando se encontraban a unos trescientos metros de la vivienda de Sabina Modesta , en el camino de entrada a la FINCA001 , Evaristo Teodoro , en presencia de Erasmo Teofilo **que no hizo nada por impedirlo**, golpeó a Sabina Modesta con intención de matarla. Para ello se sirvió de una barra metálica terminada en forma de "Y" que se encontraba sujetando a modo de tutor, junto con otros puntales semejantes, una palmera plantada al borde del camino.

Golpes reiterados que produjeron a Sabina Modesta una serie de lesiones -que se detallan en el apartado 6º de los hechos probados- que le produjeron su muerte sobre las 1,30 horas del 29 de marzo, por hemorragia cerebral debida a politraumatismo craneales.

6º El cadáver se encontraba con la parte inferior del cuerpo al desnudo, con el pantalón recogido en la pierna derecha y la de la izquierda quitado.

Pues bien, ambos acusados en sus declaraciones niegan haber estado presentes en el lugar de los hechos. Presencia que en relación a este recurrente se sustenta en:

- Hallazgo de sangre de Sabina Modesta en el pantalón militar de Erasmo Teofilo que presentaba tres manchas, en la pernera derecha en zona inferior trasera, en zona trasera derecha próxima al bolsillo lateral, y una tercera a la altura de la rodilla.

- Hallazgo de sangre en la camiseta gris de Erasmo Teofilo que se corresponde con el perfil de ADN de Sabina Modesta , manchas de aspecto sanguinolento en la zona interior altura del abdomen.

-ADN correspondiente a Erasmo Teofilo y Sabina Modesta en el entresuelo de la bota derecha de Sabina Modesta .

Presencia de tales manchas de sangre de la víctima en las ropas de este acusado sobre la que la Audiencia destaca que la defensa de Erasmo Teofilo no ha sugerido ninguna hipótesis alternativa, lo que contradice la versión ofrecida en casación de que Evaristo Teodoro se puso sus ropas.

Asimismo las relaciones sexuales entre Sabina Modesta y Erasmo Teofilo están acreditadas por el ADN de semen de perfil genético correspondiente, a éste en zona vulvar, vaginal y anal de la víctima. Además resto de semen en muslo izquierdo de Sabina Modesta que revela un haplotipo que coincide con el que define a Erasmo Teofilo , y muestras celulares halladas en las bragas y chaqueta de la víctima que revelan la presencia de un haplotipo en el que se detectan todas las características genéricas que define a Erasmo Teofilo y Evaristo Teodoro .

No obstante la Sala considera que si bien estas muestras evidencian la relación sexual entre ambos no son suficientes "para construir alrededor de ellas una tesis irrefutable invoca de una agresión sexual".

3º Conformados así los hechos probados habrá que analizar si la aplicación que realiza la sentencia recurrida del artículo 11 CP , para considerar a Erasmo Teofilo coautor en la modalidad de comisión por omisión es o no correcta y en este caso sí puede su conducta subsumirse en el delito del artículo 450.1 CP .



Para ello debemos partir de que dentro de los delitos de omisión se distingue entre los llamados de omisión propia pura y los de omisión impropia, también denominados de comisión por omisión, para cuya diferenciación suele los primeros vincularse a los delitos formales o de simple actividad y los segundos a los delitos materiales o del resultado externo.

Así la doctrina más autorizada diferencia en la omisión propia el sujeto se limita a no intervenir ante un peligro ya existente, para combatirlo, dejando que siga su curso y sin responder del resultado, en tanto en la comisión por omisión, ésta crea, desencadena e incrementa el peligro de cuyo resultado responde el sujeto. Por ello la dificultad de distinguir la cooperación en los delitos, de la omisión del delito del artículo 450 CP, ha de resolverse a favor de la primera cuando el agente está involucrado en la misma acción delictual, u ostenta una posición de garante que le obliga a impedir que se produzca el resultado.

En efecto, como hemos dicho en SSTs 37/2006 de 25 enero, 716/2009 de 2 julio, 25/2015 de 3 febrero, y 17/2017 de 20 enero, la posición de garante se define genéricamente por la relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, determinante de que aquél se hace responsable de la indemnidad del bien jurídico. De aquella relación surge para el sujeto, por ello un deber jurídico específico de evitación del resultado. De tal modo que la no evitación por el garante sería equiparable a su realización mediante una conducta activa. La mayor parte de la doctrina fundamenta la posición de garante en la teoría formal del deber jurídico. La existencia de una posición de garante se deduce de determinadas fuentes formales como la Ley, el contrato y el actuar precedente peligroso (injerencia).

Por ello es incuestionable desde el punto de vista jurídico que cuando el sujeto de la infracción no evita pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico.

Pues bien la jurisprudencia, por ejemplo SSTs 1480/99 de 13 octubre, 27/2007 25 enero, ha admitido la participación omisiva en un delito de resultado, y conforme al actual art. 11 CP., se ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias.

Por ello, la participación omisiva parte de unos presupuestos:

- a) El presupuesto objetivo que debe ser causal del resultado típico (cooperador) o al menos favorecedor de la ejecución (cómplice)
- b) Un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de cooperar causalmente con la omisión del resultado o bien de facilitar la ejecución; y
- c) Un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante.

A esta concreta posición de garante, formalmente, el art. 11, apartado b) CP., cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. De este deber derivado de su posición de garante surge la obligación de tomar determinadas medidas de seguridad destinadas a evitar que la situación arriesgada se concrete en una lesión, imponiéndole una obligación de actuar para evitar el delito en una situación de riesgo previamente originado.

La inacción, cuando estaba obligado a actuar en defensa del bien jurídico, equivale a la realización de un acto positivo, pues una hipotética acción esperada por la norma hubiera sido causa para la no producción del resultado. No se puede olvidar que la comisión por omisión se imputa un resultado lesivo a una persona, no por su conducta activa, sino por no haberlo impedido cuando habría ese deber (norma prohibitiva), resultando equiparable la realización activa del tipo penal.

Esta equivalencia que tiene carácter esencial para la configuración de un delito impropio de omisión se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades pues no se requiere, por regla general, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento.

En los delitos de omisión solo debe requerir una causalidad hipotética, es decir la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.



El presupuesto subjetivo de la participación omisiva parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y conocía la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor material.

SEGUNDO.- En el caso presente la sentencia recurrida tras razonar en el fundamento primero in fine que la presencia de sangre de la víctima en las prendas de Erasmo Teofilo acredita su presencia en el lugar del crimen, en una situación de cercanía tal con la mujer que la salpicadura de la sangre de esta cuando estaba siendo golpeada, alcanzó sus prendas, en el fundamento jurídico segundo apartado segundo, se limita a declarar que "La actitud de éste presenciando los hechos sin hacer nada por impedirlos ni aminorar sus consecuencias, sin tampoco intentar avisar a las asistencias para que atendieran a Sabina Modesta tras la agresión, constituye una conducta que lo hace responsable de la acción, coautor de la misma, en la modalidad de comisión por omisión".

El motivo deberá ser estimado.

En efecto la posición de garante-tal como el propio Fiscal admite al impugnar el motivo- aparecía con total claridad en su tesis acusatoria, amparada en la opinión de los forenses y en el estado en que se hallaba el cadáver, al imputar a los dos procesados no sólo el homicidio sino como coautores de sendas agresiones sexuales a Sabina Modesta , lo que suponía la creación para ambos de un riesgo para la víctima, concretado en no dejar con vida a la víctima de la doble violación, que en la medida en que se lleva a cabo alcanza a la acción desplegada materialmente por Evaristo Teodoro y también a la, cuando menos, inacción de Erasmo Teofilo , que le situaría como coautor por comisión por omisión.

Ahora bien, al haber sido absueltos ambos acusados del delito de agresión sexual, tal fuente sustentadora del deber jurídico de actuar se diluye y la sentencia recurrida acude a la injerencia previa que colocaría a Erasmo Teofilo en esa posición de garante, en cuanto conoce a la víctima que ha estado con los dos toda la tarde su casa, sabe que es novia de Evaristo Teodoro y que ha mantenido con ella esa misma tarde relaciones sexuales; y por último acompaña a Sabina Modesta hasta su casa, de noche y por una zona despoblada y mantiene con ella una relación sexual completa, y pese a ello presencia la agresión a la misma por parte de Evaristo Teodoro , sin hacer nada para impedirlo.

Este razonamiento no puede asumirse en su totalidad.

Como ya hemos referido más arriba la doctrina más autorizada señala que si no se quiere infringir el principio de legalidad, sin contravenir las exigencias de justicia material y el fundamento teleológico valorativo de la mayor punición de los delitos comisivos frente a los de omisión, es preciso que la realización omisiva del hecho sea estructural y materialmente idéntica a la realización activa, y que, por ello, la omisión sea directamente subsumible en el correspondiente tipo legal. La comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que está equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo. Y dicha equiparación e identidad estructural o material con la comisión activa no se dá por el simple hecho de que sea garante quien omite evitar que el resultado se produzca por causas materiales o por la intervención de un tercero.

Cuando se realiza un tipo resultativo mediante una actividad o acción positiva, ello significa que con su hacer, interviniendo en el curso natural de las cosas, el sujeto causa de modo objetivamente imputable y con control o dominio del hecho un resultado típico. Es decir, que la acción del sujeto, modificando una situación pacífica o de no peligro, provoca, crea el riesgo de lesión para un bien jurídico que hasta entonces no estaban en peligro. Es esta la estructura de la comisión activa de un delito de resultado: la causación activa produce la lesión del bien jurídico cuando éste no estaba en peligro concreto de lesión, por eso puede decirse que esa conducta ha matado, dañado, estafado, etc.

Situación que no se produce cuando la conducta consiste en no intervención, no actuar frente a un peligro ya existente de origen diverso a la propia omisión (procedente de actuaciones de terceros y consiguientemente anterior a la misma, dejando que el peligro siga su curso natural y desemboque en una lesión del bien jurídico.

Esta omisión, no debe equivaler sin más a producir la lesión por el solo hecho de que el sujeto tenga un deber de garante de evitar el resultado respecto del bien jurídico. Nadie niega que hay casos en que la omisión constituye comisión por omisión. Los ejemplos clásicos de la madre que no alimenta a su hijo recién nacido, o el jefe de estación que no acciona la señal de parada de un tren. Pero la razón de que haya delito de comisión por omisión en estos casos radicaría en que la omisión misma en la que desencadena el peligro concreto y real que hasta entonces estaba perfectamente controlado por el sujeto activo y no en la existencia de la posición de garante. Pero cuando la omisión no crea peligro alguno para la vida, sino que se encuentra con un peligro que ya está ahí procedente de la acción de un tercero, tal omisión no supone la creación del riesgo, se trata



de una omisión propia y no de comisión por omisión subsumible en el tipo de homicidio y equiparable en su desvalor a la causación del mismo.

Situación que sería la del caso que se analiza. La Sala de instancia fundamenta la condena del recurrente como autor en comisión por omisión "en la actitud de este presenciando los hechos sin hacer nada por impedirlos ni aminorizar sus consecuencias, ni tampoco avisar a las asistencias para que atendieran a Sabina Modesta tras la agresión".

Con independencia de que esta última aseveración puede cuestionarse, dado que el presupuesto subjetivo de la comisión por omisión parte de la constatación de que el omitente conocía su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible cooperando así con el actuar del autor. Elemento subjetivo que por ello, debe concurrir en el momento de la inacción y no en su conducta posterior, no es admisible un dolo subsequens -sancionable, en su caso via artículo 195 ó 450 CP .

La mera presencia del acusado en el lugar de los hechos no supone un incremento del riesgo, una posición de garante, por vía de la injerencia, que le obliga a intervenir e impedir que el resultado se produzca, y la aplicación, caso contrario, el artículo 11 CP , cuando se desconoce cual fuera su posición en los hechos y en que pudo consistir el comportamiento esperado para impedir el resultado, no olvidemos que la presencia de sangre en su pantalón y camiseta que, según la Sala, evidencian una situación cercana con la víctima que provocó que la salpicadura de la sangre alcance tales prendas, también pudo deberse, como hipótesis favorable al recurrente, a que éste se aproximara al autor material y a la víctima para intentar convencerle de que no continuara con la agresión.

Siendo así no es aplicable la doctrina jurisprudencial que cita el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, STS 897/2013 de 28 noviembre , al tratarse de una situación diferente: tres acusados de acuerdo llevan en un coche a la víctima con ánimo de lucro, a un lugar apartado. La inicial acción consistió en que uno de ellos golpeó a la víctima con la asistencia y pasividad de los otros dos, hasta que aquella quedó inconsciente y aprovechando esta circunstancia, el mismo acusado con el coche le pasó repetidamente por encima ante la presencia de los otros que nada hicieron para impedirlo. Acto seguido se apoderaron de su cartera y móvil que se repartieron y quemaron el coche para borrar huellas.

De todos estos datos se patentizaba la intervención de los otros dos en los hechos, precisamente concertados todos. El cambio cualitativo en la acción que todos pudieron advertir, no movió a los otros a intervenir para de evitar el resultado que se presagiaba como seguro, pues inconsciente la víctima, tendida en el suelo, presentándole por encima (zonas vitales) con el vehículo, no puede esperarse otra cosa que el desenlace mortal producido.

Consecuentemente el motivo deberá ser estimado y absolver al recurrente del delito de homicidio cometido en comisión por omisión.

TERCERO. - No obstante lo anterior debemos plantearnos si la actuación del recurrente podría incardinarse en el delito, artículo 450 CP .

Es criterio jurisprudencial desde antiguo (SSTS de 31 enero 1986 , 8 octubre 1991) al delimitar el artículo 450 (antiguo artículo 338 bis) de la participación por omisión en el delito no impedido, acudía a la teoría de la posición de garante, de modo que cuando un individuo no evita que otro cometa un delito, existe una participación por omisión, si el omitente se encontraba en la posición de garante, y le correspondía el deber específico de impedir que se produjera el resultado lesivo, aplicando en otro caso, el artículo 450 CP , delito este de omisión pura o propia en la que el sujeto responde por no llevar a cabo la acción esperada, con independencia del resultado que se derive del delito no evitado, cuya eventual producción y entidad no tienen, a estos efectos, relevancia alguna. No se sanciona, por lo expuesto, una participación por omisión en el delito no impedido, que requeriría una posición de garante, aquí no contemplada, sino el incumplimiento del deber de actuar en los casos previstos en el precepto.

Por ello, el tipo penal del artículo 450 corresponde un delito de omisión cuya estructura responde a los patrones de este tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica, la ausencia de una conducta determinada y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura a este delito, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, no impedir la comisión del delito y posibilidad de actuar y sin riesgo propio o ajeno.

En el caso presente la capacidad para realizar la acción esperada, al desconocerse el contenido de la acción que debería realizar para impedir el delito, resulta desprovista de acreditación. Se ignora la modalidad de la acción sorpresiva o no de la agresión, la concurrencia de una situación objetiva o subjetiva de impedimento y las posibilidades de actuación en el sentido requerido por la norma. Y si a ello se añade que igualmente,



es necesario que la intervención pudiera producirse "sin riesgo propio o ajeno", esto es no hay obligación de intervenir cuando sea previsible que ello supone un peligro real para los bienes jurídicos de quien actúa, lo que es interpretado por la doctrina por cómo se tipifica expresamente una causa de no exigibilidad de otra conducta debiendo tratarse de un verdadero riesgo, de un peligro personal, algo más que una simple molestia, una adecuada relación de proporcionalidad con el peligro en que se encuentra la víctima, en el caso presente no se hace referencia alguna a la inexistencia de un riesgo por lo que falta uno de los requisitos de la tipicidad, máxime cuando la especial brutalidad de la agresión a la que la víctima estaba siendo sometida con un objeto tan contundente como una barra metálica, podría condicionar la intervención del acusado que acaba de tener relaciones sexuales con aquella, novia del agresor, y no podía descartarse que el autor material desatase su ira también con él, caso de que intentara impedir la continuación del ataque.

CUARTO.- El motivo segundo se funda en el artículo 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba.

El motivo se remite a lo sustentado en el motivo anterior en cuanto al resultado de los informes periciales, en especial el resultado de los análisis de la camiseta gris de Hamaro donde su perfil resulta minoritario frente al de Sabina Modesta y Evaristo Teodoro , concluyendo que sería preciso suprimir del relato de hechos probados lo siguiente: "en presencia de Erasmo Teofilo que no hizo nada por impedirlo".

El motivo carece de fundamento.

Los informes periciales se limitan en sus resultados a destacar los restos genéticos hallados y su correspondencia con el semen de cada uno de los acusados y la sangre de la víctima, pero como es obvio no pueden indicar que Erasmo Teofilo no estuviera presente en la escena del crimen, lo que responde a una afirmación de la parte el recurso, que Evaristo Teodoro se puso su ropa, que no había sustentado a lo largo del proceso, ni en su declaración en el plenario.

QUINTO.- El motivo tercero con base en el artículo 852 LECrim , al amparo del artículo 5.4 LOPJ , en relación con el artículo 24.2 CE , por entender vulnerado el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Asimismo considera que se ha vulnerado su derecho a utilizar los medios de prueba y a la presunción de inocencia.

El motivo reconoce que las manchas existentes en el pantalón militar indican que esa prenda estuvo en el lugar de los hechos, pero no se realizó análisis de perfiles genéticos de la misma, pese a que en tiempo y forma se solicitó la práctica de dicha prueba y se acordó por la Sala.

El motivo deviene inadmisibile.

Debemos recordar que el derecho a utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental de configuración legal en cuya vulneración, para que tenga relevancia constitucional, según la doctrina del Tribunal Constitucional-por todas sentencia 121/2009 de 8 mayo -han de concurrir varias circunstancias:

En primer lugar, el recurrente ha de haber respetado las reglas procesales de tiempo, lugar y forma de su proposición, pues en caso contrario no podrá considerarse menoscabado este derecho «cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, STC 133/2003, 30 de junio » (STC 86/2008, de 21 de julio).

En segundo término, «la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial, por haberse inadmitido, por ejemplo, pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 1/1996, de 15 de enero y 70/2002, de 3 de abril) de tal manera que «la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa... (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre ; 219/1998, de 27 de enero)»: STC 190/2006, de 19 de junio ; y en el mismo sentido, entre otras, SSTC 165/2004, de 4 de octubre ; 240/2005, de 10 de octubre ; 152/2007, de 18 de junio .

Finalmente, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada «era decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución.... carga de la argumentación que se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no



constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (SSTS 53/2006 de 27 febrero , 316/2006 del 15 noviembre , 152/2007 de 18 junio , 185/2007 del 10 septiembre , 258/2007 de 18 diciembre).

Y esta Sala casacional al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece en la sentencia 545/2014 de 26 de junio , que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón (STS 881/2016 de 23 de noviembre).

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio *ex post* . No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar *a posteriori* y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión.

Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable *a posteriori* , convierte en improcedente por mor del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

Situación que se produce en el caso presente la prueba de análisis genéticos en el pantalon no alteraría el sentido del fallo, por cuanto la presencia del recurrente en el lugar de los hechos está acreditada por otras periciales a las que se ha hecho referencia el motivo primero.

RECURSO INTERPUESTO POR Evaristo Teodoro

SEXTO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional del artículo 852 LECrim en relación al artículo 5.4 LOPJ , por la no aplicación del artículo 24.1.2 CE por la no aplicación de la tutela judicial efectiva por vulneración a obtener los medios de prueba pertinentes para su defensa y el derecho a la presunción de inocencia.

Sostiene en síntesis el motivo que no existe un argumento de condena conforme a los principios básicos desde el momento en que la propia sentencia en su valoración sostiene que "los hechos pudieron precipitarse de diversas maneras todas ellas plausibles, pero que no pasan de ser meras conjeturas...", por lo que no se puede determinar sin vulnerar el principio de presunción de inocencia que el homicidio lo efectuara Evaristo Teodoro por un arrebató, mientras Sabina Modesta y Erasmo Teofilo estaban manteniendo relaciones sexuales en mitad del campo y a la entrada de la finca donde ésta residía. Va en contra de todos los principios de prueba, de las periciales forenses, de la inspección ocular, del reportaje fotográfico unido al atestado, de todo lo declarado por testigos, por los propios acusados y va en contra de las leyes de la lógica, las circunstancias de espacio, tiempo y lugar de donde aparece el cadáver, y por ello el recurrente articula su propia versión de los hechos que considera, al menos, igual de probado que las hipótesis señaladas en la sentencia. Y así señala que ese día no acompañó a Sabina Modesta a casa porque se indispuso por el alcohol ingerido, y se quedó dormido en la cama, siendo Erasmo Teofilo quien le acompañó, con la confianza por parte de Sabina Modesta por haberlo sido alguna vez antes, y como quiso tener relaciones sexuales con ella, a lo que Sabina Modesta no accedió voluntariamente, la atacó por la espalda con una barra de hierro la golpeó brutalmente en la parte del cráneo, cuando se encontraba ya entrando en la finca donde residía y a 300 m de las viviendas, cayendo al suelo en un estado de semiinconsciencia a merced de su agresor quien sin resistencia alguna la penetró vaginal y analmente.

Y concluye que la Audiencia no se ha pronunciado sobre la probabilidad no descartada por los peritos, de transferencia indirecta del ADN de Evaristo Teodoro hallado en la barra usada como arma homicida.

Para la adecuada resolución del recurso, necesariamente hemos de partir de cómo esta Sala- SSTS 428/2013 de 29 mayo , 129/2014 de 26 febrero , 789/2016 de 20 octubre , entre otras muchas, tiene declarado que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 ; en



virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, el tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo en base a la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar debe analizar el "**juicio sobre la prueba**", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.
- En segundo lugar, se ha de verificar "**el juicio sobre la suficiencia**", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- En tercer lugar, debemos verificar "**el juicio sobre la motivación y su razonabilidad**", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testimonial. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1, que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es



lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98 , 117/2000 , SSTS. 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1071/2010 , 365/2011 , 1105/2011)

El control casacional ha de quedar limitado en tales casos a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. La prueba será adecuada cuando no haya sido obtenida respetando los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y deviene bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. La Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Pero el examen por esta Sala de casación de la racionalidad de la inferencia del juzgador nunca puede implicar la sustitución del criterio valorativo de aquél por el nuestro, de modo que el juicio de inferencia del Tribunal *a quo* sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (en igual sentido STS. 70/2011 de 9.2).

SEPTIMO.- Conforme a la doctrina jurisprudencial antedicha el motivo deberá ser desestimado.

Es cierto que la sentencia establece hasta tres hipótesis de cómo acaecieron los hechos, en cuanto a la salida de Sabina Modesta de la casa, pero en todas ellas la Sala concluye que Evaristo Teodoro estuvo presente en el lugar del crimen y que fue él quien golpeó reiteradamente/a Sabina Modesta infringiéndole heridas que le causaron la muerte, y ello en base a las periciales de los facultativos del Instituto Nacional de Toxicología, que la propia sentencia considera determinante para la condena del recurrente "una vez determinado que no hay absolutamente ningún dato que nos permita dudar de la meticulosidad y vigor con que **se observaron**

los protocolos de recogida, conservación y cadena de custodia de las muestras descartando cualquier posibilidad de contaminación de las mismas".

Estas periciales acreditan la presencia de:

-ADN que coincide con el perfil genético de Evaristo Teodoro en la 3ª uña de la mano izquierda así como en las uñas 3a, 4a y 5a de la mano derecha de Sabina Modesta .

-Restos de sangre en la barra metálica que se empleó para golpear a la víctima, que se corresponden con el perfil genético de ésta y ADN en unas muestras tanto de la horquilla como de la zona central de la misma, de una cuerda que se encontraba enrollada o discurría paralela a dicha zona central, detectándose un componente minoritario de ADN masculino, que no se pudo individualizar mediante análisis nuclear rutinario, pero a través de análisis de marcadores específicos del cromosoma Y revelaron un haplotipo que coincidía con el que define a Evaristo Teodoro .

-Hallazgos de ADN de Evaristo Teodoro en un paquete de tabaco hallado a 10 metros del cuerpo de la víctima, en un paquete de chicles a 3 metros del cuerpo, en una pulsera, y un mechero anaranjado hallado junto a la pierna derecha del cadáver.

- Semen en las bragas, sujetador, camiseta y pantalón Sabina Modesta , con perfil genético coincidente con Evaristo Teodoro .

-Perfil de sangre en jersey, calzoncillos entregados por Evaristo Teodoro que coincide con el perfil genético de Sabina Modesta . Las manchas del jersey se ubican en la manga izquierda a la altura de la flexura del codo y junto al puño.

Es cierto que algunas de estas pruebas fueron descartadas por la propia Sala como las muestras de semen en la ropa de Sabina Modesta en cuanto no acreditan una relación incontestada y podrían tener su origen en la relación sexual que habían mantenido esa misma noche Evaristo Teodoro y Sabina Modesta . Y lo mismo puede decirse del ADN en el paquete de tabaco, en el paquete de chicles, pulsera y mechero encontrados en la escena del crimen, pues todos esos objetos pudieron ser tocados por Evaristo Teodoro , la sentencia de instancia, pese a sus reservas, no descarta, por no poder calificarse desde luego, como imposible, la explicación del acusado de que la sangre proviniera de una relación sexual, tres días antes, cuando Sabina Modesta tenía la regla, sin haberse cambiado desde entonces de ropa interior. Pero para la sangre en el jersey considera que no existe explicación alguna-lo que asume en esta sede casacional- dada la ubicación de las manchas: manga izquierda a la altura del puño y el codo, que no sea la salpicadura mientras se estaba produciendo la agresión a la víctima.

Extremo que se corrobora por el hallazgo en el arma homicida de ADN de Evaristo Teodoro . El recurrente sostiene la posibilidad de una transferencia indirecta de su ADN a la barra, dado que las muestras no fueron halladas de forma aislada en la barra, sino mezcladas siempre con sangre de la víctima, y sería factible que su ADN estuviera en Sabina Modesta , pues antes habían mantenido relaciones sexuales, pasando a la barra al golpear ésta a Sabina Modesta .

Queja del recurrente inasumible. La convicción alcanzada por el Tribunal sentenciador sobre la intervención del acusado en los hechos, en modo alguno puede considerarse arbitraria, contraria a las reglas de la lógica, o las máximas de experiencia.

En efecto hablar de recordarse -dice la STS 286/2016 de 7.4 - 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 en la barra además de la sangre de la víctima, el ADN del acusado y el supuesto de transferencia que propone el recurrente, no se 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 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 fundamenta 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".

Sin olvidar que tal posibilidad, ciertamente remota, de la transferencia indirecta de ADN de Evaristo Teodoro a la barra, estaría en contradicción y no explicaría la aparición también de restos de ADN del mismo en la uña tercera de la mano izquierda y en las uñas tercera, cuarta y quinta, de la mano derecha, en una cantidad "inusualmente elevada", según calificación de los peritos, que apuntaron por ello a que su origen era impropio de una relación defensiva, descartando así la tesis exculpatoria de Evaristo Teodoro , de que tal origen pudiera estar en las caricias de aquella previa relación sexual mantenida entre ambos.

OCTAVO.- La pretensión del recurrente de la nulidad de la prueba por no haberse cumplido en su totalidad el formulario de la orden JUS/1291/2010, debe ser rechazada.

El problema que plantea la cadena de custodia ha sido resuelto con reiteración en SSTS. 776/2011 de 6 julio , 347/2012 de 25 abril , 773/2013 de 22 octubre , 1/2014 de 21 enero , 714/2016 de 26 septiembre 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.

En el caso actual la sentencia de instancia destaca que no hay absolutamente ningún dato que permita dudar de la meticulosidad y rigor con que se observaron los protocolos de recogida, conservación y cadena de custodia de las muestras, descartando cualquier posibilidad de contaminación de las mismas.

El motivo por lo expuesto se desestima.

NOVENO.- El motivo segundo se articula al amparo del artículo 849.1 y 2 LECrim , y por infracción del artículo 851.1 y 3 del referido texto procesal

1º) en primer lugar denuncia error en la presencia de la prueba sobre documentos que obran en autos como son:

-informe del Servicio Biología nº NUM003 (folios 620-623) investigación restos de semen en prendas pertenecientes a Sabina Modesta .

-Informe del Servicio de Biología número NUM004 (folios 670-679) restos biológicos de Erasmo Teofilo .

-Informe del Servicio de Biología nº NUM005 (folios 624-649) informes de restos biológicos de las uñas y muestras recogidas en el lugar de los hechos.



-Informe del Servicio de Biología nº NUM003 (folios 844 a 850) ampliación del informe, restos de semen y análisis genético sobre el cadáver de Sabina Modesta .

-Informe del servicio de Medicina Legal sobre ampliación del informe de Biología nº NUM006 (folios 848-850) sobre ampliación de los análisis de sangre de restos biológicos en la barra metálica recogida en el lugar de los hechos.

-Informe de inspección ocular (folios-160-180).

-informe de autopsia (folios 372 a 382 y 723 791).

Motivo que debe ser desestimado.

Debemos recordar-tal como decíamos en SSTs 716/2009 de 2 julio , y 607/2010 de 30 junio , que por la vía del Art. 849.2 LECrim . solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el Art. 849.2 LECrim ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso el error a que atiende este 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 iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo este, Art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el Art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien la doctrina de esta Sala, por ejemplo SSTs. 6.6.2002 y 4.7.2007 , viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " *literosuficientes* " o " *autosuficientes* ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el Art. 741 LECrim . Como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " *literosuficiente* " capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.



Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Previsiones ##estas omitidas por el recurrente que se limita a detallar el resultado de toda la pericial para discrepar de las consecuencias que la Sala extrae de tal resultado, discrepancia que no basa en ningún particular consignado en la pericial y omitido por el tribunal sino que lo que realiza es su subjetiva interpretación sobre las conclusiones de cada pericia.

Así en relación a los restos de semen de escasa entidad en las bragas, sujetador, camisetas y pantalón de la víctima-sobre las que no se descartó en juicio sean compatibles con el líquido preseminal previo a la eyaculación, que según el recurrente avalaría su versión de haber estado esa tarde noche con su novia en el aseo, no contradice la valoración de la Sala sobre los mismos que descarta su valor incriminatorio en relación a la relación sexual in consentida y su presencia en el lugar de los hechos.

En cuanto a las manchas de sangre en la ropa de Evaristo Teodoro la parte no cuestiona su existencia pero indica que su origen es distinto de estar presente en el escenario del crimen apuntando a que la sangre del calzoncillo y en el jersey de Evaristo Teodoro se debía a haber mantenido días atrás relaciones sexuales con Sabina Modesta finalizando esta la menstruación. Esta valorativa de la prueba ajena-como señala con acierto el Ministerio Fiscal-a la propia pericial. Lo que esta prueba acredita es la existencia de manchas de sangre de Sabina Modesta . La Sala de instancia valoró que la explicación de la mancha de los calzoncillos podría ser admisible, aún con ciertas reservas, pero no la del jersey. Ello no supone error valorativo alguno, máxime cuando esa mancha se pone en relación con el resultado de otras periciales que apuntan también a la presencia de Evaristo Teodoro en el lugar.

Respecto al análisis de las uñas de la víctima lo que se denuncia es que no se siguió el protocolo que marca la Ley en su custodia, según el artículo 34.1 de la Orden JUS 1291/2010 de 13 mayo, al venir todas las muestras introducidas todas juntas en botes de cristal y no de forma individual e introducida en bolsa de papel como prescribe la Ley, por lo que dicha prueba no es válida al no haber sido obtenida con todas las garantías y además en el análisis de las uñas no se especificó qué tipo de restos biológicos se encontraron, no eran células epiteliales o fluidos, por cuanto las primeras podrían ser compatibles con un acto defensivo y no se puede descartar la existencia de restos de ADN en las uñas por el contacto íntimo sexual que había mantenido, donde la saliva y los fluidos de líquido preseminal e incluso células epiteliales de su piel pudieran estar presentes.

El problema de la cadena de custodia ya ha sido analizado en el motivo precedente y no se evidencia error alguno que permita modificar el hecho probado y sobre las cuestiones planteadas declararon los peritos en el sentido de que la presencia en las uñas de restos de ADN del recurrente, en cantidad inusualmente elevada que coincide mejor con una reacción defensiva de arañar con las uñas que con una captación de material epitelial debido a las caricias o arañazos de una relación sexual particularmente intensa.

Y por último no deja de ser una valoración personal ajena a las conclusiones de la pericia, la afirmación del recurrente de que la brutalidad de la agresión fue tal que muy difícilmente la víctima tuvo posibilidad de llegar a tocar a su agresor, al poder sólo adoptar una posición de defensa con sus brazos, manos y cuerpo, para con ello deducir que él ADN de las uñas tenga otro origen.

DECIMO.- En segundo lugar denuncia que la resolución dictada no resuelve todos los puntos de la defensa con vulneración del artículo 851.3 LECrim , en concreto la transmisión indirecta o secundaria de la muestra de los restos biológicos en el arma homicida correspondientes a Evaristo Teodoro , dado que éstas aparecen en la barra superpuestos a las que aparecen de Sabina Modesta , y es un hecho probado que la barra estuvo en contacto directo con la víctima y esta estaba impregnada de fluidos del recurrente por la relación sexual mantenida en escasamente una hora, cuestión ésta que fue planteada como punto fuerte de la defensa y objeto de interrogatorio de las periciales durante el juicio.

El motivo se desestima.

Respecto a la incongruencia omisiva, cuya vía casacional adecuada es la del art. 851.3 LECrim , tiene dicho esta Sala, SSTS. 721/2010 de 15.10 , 1100/2011 de 27.10 , 413/2015 de 30.6 , y 909/2016 de 30.11 , aparece



en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim . error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

"Puntos", nos dice literalmente este art. 851.3º. "Puntos litigiosos", nos decía el art. 359 LECivil derogado por la nueva Ley 1/2000, que también habla de "pretensiones". Este último término (pretensiones) es el que usa nuestro Tribunal Constitucional cuando trata esta materia de la incongruencia por omisión a propósito del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE , mientras que en la Sala Segunda del Tribunal Supremo preferimos hablar de "cuestiones jurídicas".

Expresiones varias con las que se trata de decir lo mismo: los extremos concretos que deban resolverse en toda sentencia, para excluir las meras cuestiones fácticas y también las simples argumentaciones utilizadas en apoyo de cada pretensión deducida por la parte. Las partes activas y pasivas de cualquier proceso realizan sus peticiones al tribunal correspondiente. Estas peticiones se amparan en determinados planteamientos jurídicos. Podemos decir que cada uno de estos planteamientos son los "puntos" que deben resolverse en la sentencia. "Puntos" que, se diferencian, por un lado, de los hechos en que esa petición se apoya y, por otro lado, de los meros argumentos o razones especulativas con que se trata de justificar desde el punto de vista del Derecho la necesidad de aplicar una norma determinada al caso correspondiente.

En resumen, la jurisprudencia (SSTS. 23.3.96 , 18.12.96 , 29.9.99 , 14.2.2000 , 27.11.2000 , 22.3.2001 , 27.6.2003 , 12.5.2004 , 22.2.2006 , 11.12.2006), viene exigiendo las siguientes condiciones para que pueda apreciarse este motivo:

1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.

2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:

a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).

b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94 , 91/95 , 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC. 263/93 ; TS. 96 y 1.7.97).

3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000 , 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).



Así la STS 292/2000, de 7-4 , trata la posibilidad de que al resolver el T.S. sobre la cuestión de fondo, también propuesta como motivo de casación, deje con su propia argumentación resuelto también el tema de la incongruencia negativa. Es decir, cuando sobre el mismo tema se haya planteado este quebrantamiento de forma del art. 851.3 LECrim . y al propio tiempo otro de infracción de ley del art. 849.1, en estos casos procede entenderse que la pretensión de la parte queda satisfecha con la argumentación que para resolver sobre el fondo, habría de hacer esta Sala al resolver el recurso.

Sin olvidar que como se razona en SSTS 35/2013 , 360/2014 de 21.4 , y 445/2015 de 26.3 , no puede alegarse en esta sede casacional incongruencia omisiva cuando se ha dejado pasar la posibilidad de que el Tribunal sentenciador pueda subsanar olvidos u omisiones vía párrafo 5º del art. 267 de la L.O.P.J .", tras la reforma L.O. 9/2013, "Si se tratase de sentencias o autos que hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y substanciadas en el proceso, el Tribunal, a solicitud escrita de parte, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes para alegaciones dictará auto por otros cinco días, por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido", o no habrá lugar a completarla, -precepto éste, dice la STS del T.S. 922/2010 , que encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar que este tribunal casacional se pronuncie sobre eventuales vulneraciones cuya estimación provoque la nulidad de la sentencia cuando ello puede hacerse aún por el propio Tribunal a quo a través de esa vía procesal. Exigencia de agotamiento de esta vía judicial en la instancia que tiende a impedir que se acceda directamente a casación cuando el órgano judicial "a quo" tenía todavía la ocasión de pronunciarse y en su caso, reparar la infracción argüida como fundamento del recurso de casación, evitando así posibles nulidades posteriores en esta sede casacional.

Por tanto de acuerdo con esta oportuna previsión legal no cabe en sede casacional denunciar incongruencia omisiva cuando se ha dejado transcurrir por la parte concernida el trámite de la aclaración de sentencia sin instar un pronunciamiento expreso sobre la pretensión articulada, siendo constante la jurisprudencia de esta Sala en el sentido expuesto, ya que un motivo de esta clase en cuanto tiene por consecuencia la devolución de la causa al tribunal de origen para que de la respuesta a la cuestión interesada, tiene un efecto negativo en el derecho a un proceso en un plazo razonable reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo , y cuando el legislador ha previsto soluciones para evitar el retraso en la decisión jurisdiccional utilizando medios para suplir los indebidos silencios, vía recurso de aclaración, en el apartado 5 citado, resulta obligado utilizar esta vía y no la denuncia para dar lugar a un recurso de casación: En tal sentido SSTS 1300/2011 ; 272/2012 ; 417/2012 y 321/2012, de 4-06 .

Es cierto que algunas sentencias de esta Sala limitan la vía del art. 267.5 a infracciones que se reduzcan a "completar la resolución ya dictada y no a sustituirla o a modificar su contenido esencial (STS 841/2010, de 6-10), por lo que esta vía casacional no es susceptible de aplicación en todos los supuestos de incongruencia omisiva. Pensemos -dice la STS 922/2010 de 28-10 - en aquellos en que la omisión sea denunciada por el acusado y se refiera a pronunciamientos sobre pretensiones principales relacionadas con la concurrencia de algún elemento del tipo penal o circunstancias eximentes o atenuatorias a la responsabilidad criminal, o, desde el prisma de la acusación, cuando la sentencia no se pronuncie sobre la existencia de un delito cuya imputación conste en el escrito de calificación, supuestos en los que los derechos a la tutela judicial efectiva y acceso a los recursos prevalecerían sobre el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones y a que en causa se resuelva en un plazo razonable, pero, en todo caso al haberse formulado un motivo de fondo sobre la cuestión controvertida, primero, esta Sala Segunda puede resolver, con su propia argumentación, transmisión indirecta denunciada.

Situación que sería la presente. En primer lugar la sentencia de instancia rechaza de forma implícita esa posibilidad de transferencia al considerar que la presencia de ADN de Evaristo Teodoro en la barra resulta capital para considerar que fue la persona que golpeó a Sabina Modesta utilizando la barra, "descartando -en las periciales- cualquier posibilidad de contaminación de las mismas", y explicar que "Las muestras que dieron un resultado positivo a la presencia de ADN de Evaristo Teodoro en dicho objeto fueron obtenidas tanto de la horquilla como de la zona central de la misma, de una cuerda que se encontraba enrollada o discurría paralela a dicha zona central. Esto indica que la transferencia de ADN de Evaristo Teodoro a esas partes de la barra se produjo debido a la acción y efecto de asir el mismo el referido objeto contundente mientras golpeaba a Sabina Modesta , y que por ambos puntos sujetaba la barra. Al propio tiempo la propia hemorragia que se estaba produciendo en la mujer determinaría que la barra especialmente por la zona próxima a la horquilla, en la propia horquilla y las manos de Evaristo Teodoro quedasen manchadas de sangre, lo que determina la presencia mayoritaria de ADN femenino en las muestras tomadas".

Y en segundo lugar, esta Sala casacional en el motivo precedente ya ha analizado la cuestión planteada y subsanada cualquier omisión que pudiera haberse cometido.

**DECIMO PRIMERO.- El motivo tercero por infracción de Ley, vulneración de los artículos 179 , 180.1.2 y 5 , 180.2 y 138 CP ,**

Reitera lo manifestado en motivos anteriores al no cumplirse el tipo objetivo y subjetivo en la persona del recurrente debe procederse a su libre absolución. Y existe un delito de agresión sexual con penetración por parte del coprocesado Erasmo Teofilo , siendo este el móvil del homicidio y autor material el referido Erasmo Teofilo .

Desestimados que han sido los motivos precedentes e incólume el relato fáctico, la pretensión del recurrente resulta inaceptable, debiendo solo recordarse en relación a la imputación a Erasmo Teofilo del delito de agresión sexual, que éste ha sido absuelto, al igual que el propio Evaristo Teodoro del referido delito del que eran acusados por el Ministerio Fiscal, quien se ha aquietado con tal pronunciamiento, por lo que ha devenido firme, careciendo el coacusado de legitimación para cuestionar tal absolución.

DECIMO SEGUNDO.- Estimándose el recurso de Erasmo Teofilo se declaran de oficio las costas y desestimándose el recurso de Evaristo Teodoro se le imponen las costas, 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 declarar haber lugar al recurso interpuesto por **Erasmo Teofilo** , contra sentencia de fecha de 2 de diciembre de 2.016, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva , que condenó por un delito de homicidio , con declaración de oficio de las costas recurso; y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho. **Y debemos declarar no haber lugar** al recurso interpuesto por **Evaristo Teodoro** , contra referida sentencia, imponiéndole las costas de su recurso. Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

SEGUNDA SENTENCIA

En Madrid, a 18 de octubre de 2017

Esta sala ha visto recursos de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de los acusados Evaristo Teodoro , con NIE. núm. NUM000 , nacido en Costa de Marfil el NUM001 .1984, hijo de Gervasio Heraclio y Felicidad Purificacion , con último domicilio conocido en España en picadero de la FINCA000 , en el término municipal de Isla Cristina (Huelva), sin antecedentes penales, detenido el día 14.05.15 y en prisión por esta causa desde el 16.05.15; Erasmo Teofilo , con nie. Núm. NUM002 , nacido en Sokolo (Mali) en 1977, hijo de Aquilino Teofilo y Bernarda Felicidad , con último domicilio conocido en España en picadero de la FINCA000 , en el término municipal de Isla Cristina (Huelva), sin antecedentes penales, detenido el día 13.05.15 y en prisión por esta causa desde el 16.05.15; que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta **Segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente no concurren los presupuestos para fundamentar la condena de Erasmo Teofilo por comisión de omisión del delito de homicidio.

FALLO

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



Que manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección Tercera, de fecha 2 diciembre 2.016 , y la condena de Evaristo Teodoro , debemos absolver y absolvemos a Erasmo Teofilo del delito de homicidio por el que habia sido condenado, declarando de oficio las costas procesales.

Vista su situación personal comuníquese el fallo a la Audiencia Provincial de Huelva a los efectos pertinentes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa

Así se acuerda y firma.

D. Julian Sanchez Melgar D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge Barreiro D. Andres Palomo Del Arco D. Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ