



Roj: **SAP SE 283/2022 - ECLI:ES:APSE:2022:283**

Id Cendoj: **41091370012022100001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **18/05/2022**

Nº de Recurso: **10437/2021**

Nº de Resolución: **278/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **FRANCISCO DE ASIS MOLINA CRESPO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo, 2

Tlf.: Señalam.: 955540452 / Ejec.: 600157488 / 600157487. Fax: 955005024

NIG: 4109143220200047742

Nº Procedimiento: Procedimiento Abreviado 10437/2021

Negociado: R

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 121/2021

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 11 DE SEVILLA

Contra: Tomás

Procurador: PEDRO RUIZ TORRES

Abogado: DESIRE GODINEZ GIL

Ac. Part.: Salvador y PROSEGUR SL

Procurador: SALVADOR ARRIBAS MONGE

SENTENCIA NÚM. 278/2022

ILMOS. SRES.:

D^a. ENCARNACIÓN GÓMEZ CASELLES

D^a. PURIFICACIÓN HERNÁNDEZ PEÑA

D. FRANCISCO DE ASÍS MOLINA CRESPO (ponente)

En la ciudad de Sevilla, a dieciocho de mayo de dos mil veintidós.

Vista, en juicio oral y público por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla la presente causa, Procedimiento Abreviado 121/2021 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Sevilla seguido por delito de robo con fuerza contra el acusado Tomás , DIN NUM000 , nacido en Sevilla el día NUM001 de 1996, hijo de Florencio y de Aida , sin antecedentes **penales** computables en esta causa, cuya prisión provisional fue decretada por auto de cuatro de septiembre de 2021, y en situación de libertad provisional por esta causa en méritos del auto de esta Sala de doce de enero de 2022, el cual ha estado representado por el Procurador D. Pedro Cristóbal Ruiz Torres y defendido por la Letrada D^a. Esperanza Lozano Contreras.

Ha sido parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco de Asís Molina Crespo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El juicio oral ha tenido lugar en audiencia pública el día doce de enero de dos mil veintidós, habiéndose practicado las siguientes pruebas: declaración del acusado, testificales, pericial y documentales propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas y consideró los hechos constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas de los arts. 237, 238.1, 2 y 3, y 241.1, párrafos 2º y 4º, en relación con el art. 235.1, 1º, todos del Código **Penal**, estimando autor al acusado Tomás, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le impusiera la pena de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Como responsabilidad civil, interesó que el acusado indemnizara a la Hermandad del Cristo de la Sed de Sevilla en las cantidades de 30.737,92 euros por los efectos sustraídos y 825 euros por los daños causados, con condena al pago de las costas procesales.

TERCERO.- La defensa de Tomás interesó su libre absolución.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Durante la madrugada del día 27 de noviembre de 2020, tres varones accedieron al interior de la Casa de Hermandad de la Cofradía del Cristo de la Sed, sita en la calle Alejandro Collantes núm. 93 de Sevilla, tras trepar por la fachada hasta un balcón y forzar una puerta exterior y varias interiores, apoderándose de la caja fuerte con todos los objetos que se guardaban en su interior.

En la inspección técnico policial del lugar, y concretamente del despacho de la Casa de Hermandad en el que estaba la caja fuerte, fue hallado un destornillador dejado en el lugar por el autor o autores del hecho del que se consiguió extraer ADN nuclear y obtener una mezcla de, al menos, dos perfiles genéticos. Cotejada dicha mezcla de perfiles con la Base de Datos Policial, una de ellas resultó ser anónima y la otra compatible con el perfil genético correspondiente a Tomás.

No se ha constatado que el acusado, Tomás, participara en los hechos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- No ha quedado acreditado que el acusado, Tomás, sea autor del delito de robo con fuerza por el que viene siendo acusado por el Ministerio Fiscal.

Tras valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, en conciencia y según las reglas de la sana crítica conforme establece el artículo 741 de la L.E.Cr., este Tribunal llega a dicha conclusión al tener importantes y racionales dudas sobre la participación del acusado en los hechos enjuiciados. De ahí que, en aplicación del principio "*in dubio pro reo*", opte por la absolución del acusado. Y es que las pruebas practicadas en el acto del juicio oral carecen de entidad acreditativa suficiente para llevar al convencimiento y poder afirmar, con seguridad de acierto, que el acusado protagonizara los hechos en la forma que describe el relato del escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

La presunción de inocencia de que goza todo acusado solo puede ser destruida por la existencia de una actividad mínima probatoria de cargo practicada con todas las **garantías** en el juicio oral. Todo acusado tiene derecho a no ser condenado mientras contra él no se haya practicado una prueba de cargo de entidad acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y desarrollada en el juicio oral, con sujeción a los principios de igualdad, oralidad, inmediación, contradicción y publicidad según lo prevenido en los artículos 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (SSTC 201/89, 217/89 y 283/93; SSTS 19-01, 27-05 y 06-10-88; 04-05-90, 09-09-92, 13-12-92, 24-02-94, 11-10-95, 29-04-97, 07-10-98 y 16-11-2005, entre otras muchas).

Relacionado con el derecho a la presunción de inocencia se encuentra el principio "*in dubio pro reo*", que ha de entrar en juego cuando, concurrente aquella actividad probatoria indispensable, exista una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo **penal** de que se trate (SSTS 20-01-93, 11-07-95 y 29-11-96, entre otras muchas), declarando que el citado principio tiene un carácter eminentemente procesal operando en supuestos en que el Tribunal no puede llegar a una convicción firme sobre lo probado, resolviéndose aquella situación de incertidumbre, vacilación y duda a favor del reo o acusado; pues, como dice la STS 02-10-93, el principio "*in dubio pro reo*" tiene también un aspecto normativo que prohíbe la condena en el caso en el que el Tribunal reconoce no tener seguridad en conciencia respecto de los hechos probados. De este modo, en los casos de vacilación e incertidumbre en que los juzgadores no hayan llegado a formar un juicio exacto de cómo ocurrieron los hechos, ni de la participación que en ellos hubiera tenido el



inculpado, lo procedente es dictar un pronunciamiento absolutorio acogiendo aquella posición que beneficie al reo (ATS 853/2019, de 19 de septiembre).

SEGUNDO.- Es evidente que la principal prueba de cargo que esgrime el Ministerio Fiscal para sustentar la acusación es el hallazgo en el lugar de los hechos, esto es, en el interior de la Casa de Hermandad de la Cofradía del Cristo de la Sed en la ciudad de Sevilla, durante la inspección ocular técnico policial, de un destornillador presuntamente dejado en el lugar por el autor o autores del hecho en el cual habría sido identificado, tras una prueba de ADN realizada por la Brigada Provincial de Policía Científica, el perfil biológico del acusado Tomás .

Fue objeto de impugnación en el plenario esa prueba pericial por no existir una muestra indubitada válida del acusado con la que contrastar el perfil biológico identificado en el destornillador.

En el informe pericial de ADN de fecha 17 de diciembre de 2020 realizado por el Laboratorio de Biología-ADN de Sevilla, Brigada Provincial de Policía Científica (folios 70 a 73), consta que en dicho laboratorio se recibió, procedente del Grupo de Inspecciones Oculares de dicha Brigada, la inspección ocular núm. 3516, de fecha 27 de noviembre de 2020 (obra al folio 125), en la que se adjuntaba el vestigio 20-74706-2 constituido por un bastoncillo con el frotis realizado sobre un destornillador hallado en el suelo del despacho, al que se enumeró como subvestigio 2.1. Tras los pertinentes estudios y análisis con objeto de individualizar marcadores de ADN se consiguió extraer ADN nuclear y obtener una mezcla de, al menos, dos perfiles genéticos. Cotejada dicha mezcla de perfiles con la Base de Datos Policial resultó ser compatible con la participación en la misma del perfil genético del Laboratorio de Biología-ADN de la Comisaría General de Policía Científica de Madrid con referencia NUM002 , cuyos datos asociados, según dicho informe pericial, son:

"El perfil genético obtenido del subvestigio de frotis bucal indubitado de Tomás , nacido en Sevilla el NUM001 .1996, hijo de Florencio y Aida , con número de Ordinal NUM003 remitida por el Grupo de Reseña de la Brigada Provincial de Policía Científica de Sevilla en relación con el atestado NUM004 de fecha 28.03.2016 tramitado por la Inspección Central de Guardia por un delito de Robo con Fuerza. Asunto del Laboratorio de Biología-ADN de la C.G.P.C. de Madrid, referencia NUM002 " (sic.)

En relación a esa causa anterior que determinó la toma indubitada registrada en la Base de Datos Policial, obra en este proceso, por haberlo así acordado el Juzgado de Instrucción en providencia de 7 de septiembre de 2021 (folio 106), copia del atestado NUM005 de la Inspección Conjunta de Guardia en el que la Policía Local de Sevilla daba cuenta de la detención de Tomás (folio 119). Ese atestado dio lugar a las DP 677/16 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sevilla que acordó el sobreseimiento del proceso mediante auto de fecha 7 de julio de 2016 (folio 129). Al folio 124 consta el consentimiento informado que, con asistencia letrada, prestó Tomás para la obtención de muestras de ADN en dicho asunto.

La LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, creó la base de datos para su utilización no solo en el marco de una investigación **penal** concreta, sino para las futuras. El art. 9 de la misma, sobre cancelación, rectificación y acceso a los datos, establece:

"1. La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará:

El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.

El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes **penales**, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario.

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.

En los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

2. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. En los supuestos contemplados en el artículo 3.1 b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

3. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.



4. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación".

Vemos sin esfuerzo que la prueba pericial de ADN que se ha practicado ha de estimarse válida y eficaz pues la defensa no ha demostrado que haya habido una prescripción del delito que justificó la obtención de la muestra indubitada y, consecuentemente, que se haya infringido lo dispuesto en Ley Orgánica 10/2007.

En efecto, en aquella causa, DP 677/16 del Juzgado de Instrucción núm. 1, fueron objeto de investigación hechos acaecidos el 28 de marzo de 2016 compatibles con un delito de robo con fuerza cuya prescripción es de cinco años. Considerando (i) que el auto de sobreseimiento provisional, que no libre, fue dictado en fecha 7 de julio de 2016, (ii) que los hechos objeto del presente enjuiciamiento tuvieron lugar el 27 de noviembre de 2020 y (iii) que la prueba pericial biológica fue practicada el 17 de diciembre de 2020, es evidente que los hechos que motivaron aquella la investigación y determinaron que al hoy acusado se le obtuviera una muestra de frotis bucal para la obtención de su perfil genético no estaban prescritos ni al tiempo de la comisión de los hechos objeto de estas actuaciones ni al de la realización del informe pericial sobre restos biológicos. Por tanto, al no constar acreditado que la conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto la Ley superase los tiempos señalados en el art. 9 que ha sido transcrito, la prueba es lícita y fue válidamente practicada.

De otro lado, preciso es decirlo, si la defensa consideraba que la obtención de la muestra o su cotejo no se ajustó a derecho, o estaba afectada por cualquier clase de vicio, debería haberla impugnado en el momento procesal oportuno, que no es otro que la fase de instrucción, a fin de que pudiera haberse realizado un nuevo análisis pericial. Ese fue el criterio adoptado en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de veinticuatro de septiembre de 2014, que sirve también a los intereses del encausado en tanto que le reconoce el derecho a impugnar y obtener un nuevo análisis pericial que pueda determinar su inocencia. En este sentido, citamos la STS 2ª núm. 794/2015, de 3 de diciembre, que, con cita de las sentencias 827/2011, de 14 de julio, 880/2011, de 26 de julio, y 948/2013, de 10 de diciembre, establece:

"Resulta, por tanto, de lógica, que, cuando el imputado considere que la obtención de la muestra no se ajustó a derecho o está afectada por cualquier clase de vicio, sea posible su denuncia para que se pueda realizar una nueva toma y análisis de ADN. Ahora bien, ello cabe hacerse durante la instrucción de la causa a fin de que pueda procederse a elaborar el correspondiente análisis pericial. Ese fue el criterio adoptado en el acuerdo de veinticuatro del mes de septiembre del año 2014. Acuerdo que sirve también a los intereses del imputado en tanto que le reconoce el derecho a impugnar y obtener un nuevo análisis pericial, que puede determinar su inocencia (véanse sentencias del tribunal supremo 948/2.013 de diez del mes de diciembre, y 794/2.015 de tres del mes de diciembre, que precisó: "... Pues bien, ese retraso estratégico en una alegación decisiva para el desenlace del proceso se produjo cuando ya se había dictado auto de conclusión del sumario (artículo 622 de la ley de enjuiciamiento criminal), se había conferido traslado para instrucción a las partes (artículo 627, último párrafo) y, lo que resulta decisivo, había sido abierto el juicio oral (artículos 632 y 633 de la ley de enjuiciamiento criminal). Como ya hemos apuntado en otros precedentes, no se trata de subvertir el rango axiológico del principio de preclusión procesal que, como principio del procedimiento, que no del proceso, tiene el valor jurídico que es propio de los principios meramente ordenadores de la actividad jurisdiccional y de alegación. Pero resulta evidente que, cuando la fiabilidad que es propia de la prueba de ADN se cuestiona con alegaciones extemporáneas, incluso ligadas a la concurrencia de los presupuestos de utilizabilidad, entran en juego otros principios que también han de ser ponderados. Así lo entendió esta sala en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de veinticuatro del mes de septiembre del año 2014".

TERCERO.- Cuestión distinta es que el resultado de la prueba pericial practicada sea determinante para afirmar, con seguridad de acierto, la participación del acusado en los hechos. Efectivamente, la defensa, con un amplio despliegue argumentativo, cuestionó el valor incriminatorio de esa prueba al haber sido hallado el perfil genético del acusado en un destornillador y, además, mezclado con otro perfil genético anónimo.

Ciertamente, el ADN del acusado fue identificado en un objeto móvil que puede viajar y ser fácilmente desplazable, por lo que no podemos excluir de inicio, como alternativa razonable, que el vestigio genético hubiera podido quedar fijado antes de los hechos delictivos o en otro lugar; cuanto más si tenemos en cuenta que su perfil estaba mezclado con otro que no pudo ser identificado y que el acusado, en su versión exculpatoria, explicó que es mecánico, que trabaja arreglando motos en el patio de su madre y que habitualmente utiliza herramientas.

En ese escenario, la fundamentación de un pronunciamiento de condena exigiría que otros indicios, plurales y concomitantes con ese hallazgo genético, permitieran a este Tribunal, a través de un juicio de inferencia, alcanzar una convicción certera sobre la participación del acusado. Sin embargo, considerando que la



visualización de las imágenes captadas por las cámaras de seguridad de la empresa PROSEGUR instaladas en el inmueble careció de valor identificativo (sólo permitió a los investigadores afirmar que los autores fueron tres varones), el único indicio que pudiera entenderse como concomitante sería el resultado de los lectores de movimientos de placas de matrícula grabadas en la base de datos de tráfico que se expone en el atestado, el cual permitió a los investigadores informar que a las 05:33 horas del día 27 de noviembre de 2020, unos minutos después de salir apresuradamente los autores por el balcón de la Casa de Hermandad, el vehículo ...YXW, que figura a nombre de la madre del acusado, Aida, pasó por la ronda de circunvalación SE30, punto kilométrico 5, en sentido creciente, quedando dicho punto a la altura de la salida de la Avenida de la Paz. Se informa en el atestado que ese vehículo ya figuraba en otras investigaciones como conducido por el hoy acusado.

Sin embargo, entendemos que ese indicio, por sí solo, es extremadamente débil y no permite afirmar que el acusado, que negó haber utilizado el vehículo aquella madrugada, viajara en el interior del coche.

Por tanto, ausente cualquier otro indicio concomitante al hallazgo del destornillador en el lugar de los hechos, no podemos construir sólidamente un juicio lógico inductivo del que pueda concluirse, con toda certeza, más allá de cualquier duda razonable, que la presencia de ADN del acusado en la mezcla de perfiles genéticos detectados en ese destornillador se corresponda con su presencia en la Casa de Hermandad y, en consecuencia, con su participación en los hechos enjuiciados. Existen otras hipótesis alternativas si consideramos, es notorio, que un destornillador no es herramienta de un solo uso, puede pasar de mano en mano y es objeto fácilmente transportable de un sitio a otro por cualquier persona. Por ello, aunque la hipótesis de la acusación resulte razonable, no constituye la única explicación viable que excluya toda otra posibilidad alternativa. De ahí que proceda la libre absolución del acusado.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 240 de la LECrim, y la interpretación a *contrario sensu* del artículo 123 del Código Penal, procede declarar de oficio las costas del procedimiento.

VISTOS los artículos citados y los demás de pertinente aplicación.

FALLO

ABSOLVEMOS a Tomás del delito de robo con fuerza por el que viene acusado, con declaración de oficio de las costas del procedimiento.

Acordamos dejar sin efecto cualquier medida cautelar que hubiera sido impuesta al acusado.

Contra esta sentencia, conforme al art. 846 ter LECRIM, podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dentro de los diez días siguientes a aquel en que se hubiere notificado la sentencia, el cual se regirá por lo dispuesto en los arts. 790, 791 y 792 LECRM.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Magistrado que la redactó, por la Presidenta de la Sala y por la Magistrada integrante de la terna Sra. Hernández Peña, la cuál votó en Sala y no pudo firmar, y de conformidad con el art. 261 de la LOPJ firma por ella la Ilma. Sra. Presidenta. Doy fe.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la **garantía** del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.*

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."