

Roj: **STS 1102/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1102**Id Cendoj: **28079120012015100145**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/03/2015**Nº de Recurso: **1134/2014**Nº de Resolución: **169/2015**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 750/2014,**  
**STS 1102/2015**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil quince.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de los acusados Victoriano , Ángel y Eutimio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta) de fecha 16 de abril de 2014 en causa seguida contra Victoriano ; Ángel y Eutimio , por delito de falsedad y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por los procuradores don Amancio Amaro Vicente y don Luis Eduardo Roncero Contreras. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de instrucción nº 9 de Zaragoza, incoó diligencias previas procedimiento abreviado núm. 278/2013, contra Victoriano ; Ángel y Eutimio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, rollo: procedimiento abreviado 61/2013-I que, con fecha 16 de abril de 2014, dictó sentencia núm. 103/2014 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS** :

*"El acusado Victoriano , mayor de edad y nacido en Gambia, vino a residir a España en 1991, afincándose en Zaragoza en el año 1992. En el año 2004 solicitó la nacionalidad española y en el Registro Civil de Zaragoza presentó y firmó formulario en el que hacía constar que tenía tres hijos: Sebastián nacido el NUM000 de 2002, Evangelina nacida el NUM001 de 2003 y Arcadio nacido el NUM002 de 1987. El 16 de diciembre de 2004 comparece ante la Encargada del Registro Civil de Zaragoza y declara que tiene tres hijos que son los antes reseñados. En el año 2007 se le concede la nacionalidad española y ante la misma Encargada del Registro Civil firma una declaración diciendo que tiene cuatro hijos que viven con él y son Arcadio , Sebastián , Evangelina y Franco . Dice que además tiene otro hijo en Gambia llamado Carlos Manuel , de 21 años de edad.*

Victoriano está casado con Debora , residente en España legalmente y con la que contrajo matrimonio en Gambia el 15 de septiembre de 1993, si bien se registró la unión el 28 de enero de 1998. Victoriano ha tenido con Debora cuatro hijos nacidos en Zaragoza con los nombres de Sebastián nacido el NUM000 de 2002 con D.N.I. NUM003 ; Evangelina nacida el NUM001 de 2003, con DNI. Nº NUM004 ; Franco nacido el NUM005 de 2005, con DNI. Nº NUM006 ; y Angelina nacida el NUM007 de 2008 y con DNI. Nº NUM008 .

*El citado acusado, con anterioridad a los hechos enjuiciados reagrupó a Arcadio , nacido en 1987 en Gambia, que obtuvo el permiso de residencia inicial en 2001.*



*El citado Victoriano , junto a los también acusados Ángel y Eutimio , idearon una trama para conseguir que los dos últimos pudieran entrar en España de manera legal haciéndose pasar por hijos de Victoriano , para lo cual por medio de un tercero los dos primeros fueron inscritos como tales hijos de Victoriano en un registro oficial de su país, produciéndose la inscripción de ambos el 27 de octubre de 2009.*

Siguiendo ese plan, Ángel quedó inscrito como nacido en Gambisara con la fecha de nacimiento el NUM009 de 1994, figurando como su padre Victoriano y como madre Amanda . En el recuadro destinado al declarante (según la traducción oficial) figura la leyenda "firma, descripción y residencia del informante" " Argimiro , INFORMANTE, OLD JESHWANG". Con base en esa inscripción, el 14 de mayo de 2012, aportándola traducida, formuló la solicitud de aplicación del régimen comunitario como hijo de Victoriano como familiar reagrupante con el domicilio de c/ DIRECCION000 NUM010 . NUM011 , de Zaragoza. En el expediente, Victoriano dio su conformidad a la solicitud. En la traducción de la certificación de nacimiento consta que nació el NUM009 de 1993. Le fue concedida por la Delegación del Gobierno en Aragón la tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, apareciendo como reagrupante Victoriano . Este acusado no es hijo del citado y entre ambos urdieron la trama para conseguir la venida a España de Ángel .

Conforme al plan citado, el acusado Eutimio , sin ser hijo de Victoriano , quedó inscrito como tal en la misma fecha 27 de octubre de 2009, figurando como la del nacimiento el NUM012 de 1991, en la población de Gambisara, y como su madre Amanda . Según la traducción oficial, en el recuadro destinado a "firma, descripción y residencia del informante" consta la leyenda: " Argimiro . INFORMANTE OLD JESHWANG". El 14 de mayo de 2012 solicitó la tarjeta de residencia familiar de ciudadano comunitario como hijo de Victoriano , aportando la certificación de nacimiento traducida; el citado Victoriano dio su consentimiento y conformidad a la solicitud. Por la Delegación del Gobierno en Aragón le fue concedida la tarjeta solicitada, apareciendo como familiar reagrupante Victoriano . Este acusado no es hijo del citado y entre ambos urdieron la trama para conseguir la venida a España de Eutimio .

Ángel aporta un pasaporte de Gambia número NUM013 expedido el 9 de abril de 2008 y otro de la misma nacionalidad número NUM014 expedido el 21 de enero de 2013. En el segundo de los pasaportes la impresión de la huella digital es la del pasaporte anterior escaneada.

*En julio de 2012, Constanco presenta solicitud para la aplicación del Régimen Comunitario e indica que es hijo de Victoriano de nacionalidad española y con domicilio en calle DIRECCION000 NUM010 , NUM011 , de Zaragoza. Aporta diversa documentación entre la que hay una certificación de nacimiento donde consta que nació en Gambisara el 13 de abril de 1990, siendo su madre Amelia y figurando en el recuadro destinado a "firma", descripción y residencia del informante" la leyenda " Pedro Miguel DECLARANTE. KUNKY JANG". La inscripción del nacimiento se hizo el 7 de junio de 2010. Victoriano firmó el correspondiente documento como familiar reagrupante del citado. La Delegación del Gobierno en Aragón concedió la tarjeta de residencia familiar comunitario inicial.*

*Hipolito obtuvo con fecha 17 de abril de 2012 la tarjeta de residencia de familiar comunitario, habiendo presentado certificación de nacimiento donde dice que nació en Gambisara el NUM015 de 1992, constando como su padre Victoriano y como su madre Amanda . La declaración del nacimiento la hizo Rodolfo el día 27 de octubre de 2009, fecha en que se practicó la inscripción. También fue reagrupado Luis Andrés el 4 de febrero de 2010, como hijo de Victoriano " .*

**Segundo.-** La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta) dictó sentencia núm. 103/2014 con el tenor literal siguiente:

*" FALLO : CONDENAMOS al acusado Victoriano , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito continuado de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al pago de la tercera parte las costas procesales.*

CONDENAMOS al acusado Ángel , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de doce meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de siete meses con una cuota diaria de cuatro euros y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de la tercera parte de las costas procesales.



CONDENAMOS al acusado Eutimio , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito de falsedad en documento oficial, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de doce meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de siete meses con una cuota diaria de cuatro euros y la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de la tercera parte de las costas procesales.

*Se aprueban los autos que en materia de solvencia económica dictó y consulta el Sr. Juez Instructor.*

*Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las demás partes. Contra esta sentencia cabe recurso de Casación a resolver por el Tribunal Supremo, recurso que podrá prepararse mediante escrito presentado ante este Tribunal en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación".*

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, 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 legal del recurrente Victoriano , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.-** Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la CE y error en la valoración de la prueba. **II.-** Infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim por indebida aplicación de los arts. 392 y 318 bis del CP con aplicación del art. 77, principio de proporcionalidad de las penas.

**Quinto.-** La representación de Ángel , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

**I.-** Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por vulneración de la presunción de inocencia, art. 24.2 de la CE . **II.-** Se desiste de este motivo. **III.-** Infracción de ley del nº 2 del art. 849 de la LECrim por error de hecho.

**Sexto.-** La representación legal del recurrente Eutimio , basa su recurso en un **único motivo de casación** :

**Único.-** Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ por infracción del art. 24.2 de la CE .

**Séptimo.-** Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 25 de noviembre de 2014, evacuado el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la estimación del segundo motivo del recurso de Victoriano y la desestimación de los restantes motivos.

**Octavo.-** Por providencia de fecha 16 de febrero de 2015 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento del fallo** cuando por turno correspondiera.

**Noveno.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 4 de marzo de 2015.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1 .-** La sentencia de fecha 16 de abril de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta , condenó al acusado Victoriano , como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial, en concurso medial con un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y a los acusados Ángel y Eutimio , en calidad de autores de un delito de falsedad en documento oficial, sin circunstancias modificativas, a las penas, a cada uno de ellos de 12 meses de prisión, con la accesoria correspondiente y multa de 7 meses con una cuota diaria de 4 euros.

Los acusados interponen recurso de casación y formalizan una totalidad de cinco motivos. Los recursos hechos valer por Ángel y Eutimio van a ser objeto de análisis conjunto, por las coincidencia argumental que se desprende de sus respectivas impugnaciones.

### **RECURSO DE Victoriano**

**2 .-** El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia error en la valoración de la prueba e infracción de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia ( art. 24 CE ).

La amplitud de ese enunciado no se corresponde con el escueto desarrollo argumental que integra el motivo. De hecho, se limita el recurrente a una detenida cita del tratamiento jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia, para concluir lo siguiente: "... esta parte considera que se ha producido error en la



valoración de la prueba realizada por el órgano a quo y ello por los motivos que fueron expuestos en su informe en el plenario, que damos íntegramente por reproducido". Es evidente que el recurso de casación tiene un objeto propio, que se formaliza con arreglo a las exigencias impuestas por el art. 874 de la LECrim , sin que pueda el recurrente aliviar los requerimientos de este precepto con una remisión *in totum* al informe evacuado en la instancia. Conforme a los arts. 734 a 737 de la LECrim , el informe prestado en el juicio oral tiene una finalidad conclusiva, de respaldo a las respectivas pretensiones y resistencias, sin que pueda extender su funcionalidad a la integración del objeto de un eventual recurso de casación. Lo impide el significado mismo de este recurso extraordinario y la inexistencia, en el momento del informe, de la sentencia sobre la que ha de construirse el discurso impugnativo.

Incorre así el motivo en la causa de inadmisión -ahora desestimación- prevista en el art. 884.4 de la LECrim , al no haber sido observados los requisitos que la ley exige para su preparación e interposición. No es fácil, por tanto, conocer cuáles son las razones de la alegada quiebra del derecho a la presunción de inocencia. Sea como fuere, la Sala ha constatado la ausencia de argumentos para presumir la nulidad probatoria. Ha apreciado también la existencia de prueba de cargo - los documentos aportados por el recurrente para el logro de la tarjeta de residente por filiación y la declaración prestada por los otros dos acusados, que ha permitido concluir a la Audiencia la inexistencia de una vida familiar en común- y ha apreciado, en fin, que la prueba practicada lo ha sido con arreglo al canon constitucional impuesto por la necesidad de una valoración racional de la prueba.

De ahí la necesidad de desestimar el motivo por su falta de fundamento ( arts. 884.4 y 895.1 de la LECrim ).

**3** .- El segundo de los motivos sostiene, al amparo del art. 849.1 de la LECrim , infracción de ley, alegando "... error en la aplicación del art. 392 del CP y del art. 318 bis con aplicación del art. 77 del CP . Principio de proporcionalidad de las penas. [...]

*La condena impuesta resulta desproporcionada en relación con la impuesta al resto de condenados, lo que viene a suponer una grave quiebra del principio de proporcionalidad de las penas".*

El motivo -que cuenta con el apoyo expreso del Fiscal- ha de ser estimado.

La defensa del recurrente no cuestiona el juicio de tipicidad. No censura tampoco la fórmula concursal proclamada por la Audiencia. Sus alegaciones se centran, de modo exclusivo, en la cuantificación de la pena impuesta en la instancia (7 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena).

Como apunta el Fiscal en su dictamen, el principio de proporcionalidad exige la adecuación de la pena al hecho declarado probado y que justifica su imposición. La sentencia de instancia, en el momento de la individualización de la pena, toma en cuenta la continuidad delictiva en el delito de falsedad y, erróneamente, al justificar la imposición de la pena asociada al art. 318 bis 1º del CP , se refiere a una continuidad delictiva que no ha sido declarada. El delito asociado al favorecimiento de la entrada ilegal en nuestro territorio de aquellos que se hicieron pasar por hijos del recurrente, no ha sido calificado en el FJ 1º de la resolución impugnada como delito continuado.

Asiste, por tanto, razón al recurrente cuando denuncia la falta de motivación la fijación de la pena. De ahí que proceda penar separadamente ambos delitos: a) por el delito continuado de falsedad en documento oficial ( arts. 392 y 390.1, en relación con el art. 74 del CP ), hemos de movernos en un espacio dosimétrico situado entre 1 año, 9 meses y 1 día a 3 años y multa de 6 a 12 meses; b) por el delito del art. 318 bis, una pena entre 4 y 8 años de prisión.

#### **RECURSOS DE Eutimio y Ángel**

4.- El recurrente Eutimio hace valer un único motivo, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , por infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ). El otro acusado, Ángel , formaliza dos motivos. En el primero de ellos reivindica la vulneración del mismo derecho constitucional ( art. 24.2 CE ). En el tercero -el segundo ha sido desistido-, aunque se anuncia por la vía del art. 849.2 de la LECrim , las alegaciones que lo integran son reconducibles a la misma idea, esto es, la ausencia de pruebas para fundamentar su condena.

De ahí la posibilidad y conveniencia de un tratamiento sistemático de ambas impugnaciones con carácter unitario.

A juicio de las defensas, que enriquecen sus respectivos motivos con una síntesis de la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca del contenido material del derecho a la presunción de inocencia, "... el solo dato de no tener relación familiar entre hermanos, no representa ningún indicio del que pueda deducirse que no existe la afirmada relación de consanguinidad, pues se han de tener en cuenta los modos, forma de vida,



*e incluso religión a la que pertenecen en su país Gambia". Se insiste en que los hábitos sociales justificarían esa falta de contacto familiar, en la medida en que "... la relación de hermanos en su país no se desarrolla de forma cercana". Faltan elementos de cargo y la ausencia de pruebas acerca de la posible disimilitud entre los vocablos " Travally" y " Traore" , nunca debería jugar en contra del acusado. Se reitera que Ángel "...llegó a España procedente de Gambia el 28 de abril de 2012 de manera legal por ser hijo de Victoriano que contaba con la nacionalidad española, según documentación aportada como era la inscripción en el Registro Oficial de su país, (en el que) consta como hijo de Victoriano y de Amanda ".*

Los motivos son inviables.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, sólo cabrá constatar la vulneración -recuerda la STC 9//2011, 28 de febrero - cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado ( STC 189/1998, de 28 de septiembre , FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2 ; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2 , y 26/2010, de 27 de abril , FJ 6).

Pues bien, la Audiencia de Zaragoza ha estimado a los recurrentes autores de un delito de falsedad en documento oficial. Conforme declara el juicio histórico, Eutimio y Ángel , en unión del otro acusado, concibieron la posibilidad de entrar en España de manera ilegal, haciéndose pasar por hijos de Victoriano . Para lograrlo, fueron inscritos en el registro oficial de su país, como hijo de este último. Sin que existiera ese vínculo de filiación, quedaron inscritos como hijos de Victoriano el 27 de octubre de 2009, figurando como fechas de nacimientos las del NUM012 de 1991 y NUM009 de 1994, respectivamente, en la población de Gambisara. Como madre fue designada Amanda . El día 14 de mayo de 2012 se solicitaron las tarjetas de residencia familiar de ciudadanos comunitarios, en su calidad de hijos de Victoriano . Para ello se aportaron las certificaciones de nacimientos traducidas y ambos dieron su consentimiento y conformidad a la solicitud. Por la Delegación del Gobierno en Aragón les fue concedida la tarjeta solicitada. En ellas aparecía como familiar reagrupante Victoriano .

La resolución recurrida -frente a lo que sostiene la defensa- no fundamenta la autoría de los acusados en la ausencia de relación familiar entre los supuestos hermanos. Tampoco en una simple duda acerca del significado exacto entre dos vocablos fonéticamente diferentes. En efecto, en el FJ 2º los Jueces de instancia recuerdan cómo las declaraciones de Ángel y Eutimio permitieron concluir, no sólo que no había existido relación alguna entre ambos, sino que ninguno de ellos recordaba "... nada acerca de su niñez, ni siquiera los años que se llevan de diferencia o el nombre de otros hermanos". Sus declaraciones iniciales no coinciden con la documentación aportada, en la que el apellido de la madre de Ángel y Eutimio - Amanda - quiso en el plenario identificarse con el término *Pilar* , apellido adjudicado después a su supuesta madre. No existe prueba alguna justificativa de esa rectificación. Entienden los Jueces de instancia que ambos acusados, "... que dicen ser hijos de Victoriano y de una misma madre, no hicieron una vida familiar como hermanos, sino que más bien ni se conocían hasta que se tramó la venida a España, lo que avala la inexistencia de una relación de sangre entre ellos. De otro lado, no son nombrados por Victoriano en ningún momento en el expediente tramitado para su nacionalización, lo que si hace respecto de uno llamado *Carlos Manuel* , de 21 años de edad a la fecha de la declaración, y que vive en Gambia".

La Audiencia refuerza su convicción con otros datos añadidos: a) que la persona que llevó a cabo la inscripción de nacimiento de ambos acusados lo hizo el mismo día -se trata, por tanto, de una anotación fuera de plazo- y sin aportar dato alguno acerca de su identidad, lo que evidencia la absoluta falta de fiabilidad de esa declaración de conocimiento; b) la negativa de los acusados a someterse a la prueba de ADN que, sin ningún efecto negativo para ellos, habría descartado cualquier duda acerca de su verdadera identidad.

Los efectos de esa negativa a la práctica de la prueba de ADN han sido ya analizados por esta Sala. Puede ser de utilidad para su evocación la transcripción literal del FJ 2º de la STS 151/2010, 22 de febrero . Allí puede leerse: "... la prueba de ADN, incluso con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que acabó con la previgente situación de anomia legislativa, no implica, desde luego, una exigencia de autoincriminación. En palabras del TC, "... las pruebas de detección discutidas -se está refiriendo a las pruebas de precisión alcoholométrica-, ya consistan en la expiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente" ( STC 161/1997, 2 de octubre ).



Tampoco conllevan una vulneración del derecho a la integridad física que no esté constitucionalmente legitimada. Es cierto que, en algunas ocasiones, la obtención de muestras corporales puede implicar una afectación, siquiera leve, de ese derecho a la incolumidad. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, ese derecho no puede considerarse, en modo alguno, absoluto. Como apunta la STC 207/1996, 16 de diciembre, "... la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones ( art. 18.2 y 3 CE ), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi ( STC 37/1989 , fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas". La simple lectura de los arts. 363 párrafo 2º y 326 párrafo 3º de la LECrim , ponen de manifiesto la suficiente cobertura legislativa y, por tanto, el cumplimiento de las exigencias inherentes al principio de legalidad para la limitación de derechos fundamentales.

Sentada la incuestionable legitimidad de la prueba de ADN, la valoración jurisdiccional de la negativa del acusado a someterse voluntariamente a la extracción de muestras de contraste, ha sido también objeto de tratamiento en la jurisprudencia de esta Sala. Paradójicamente, es en el ámbito de la jurisdicción civil donde las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a esas pruebas se contemplan con mayor rigor. De hecho, en materia de acciones de filiación, el art. 767.4 de la LEC llega a afirmar que "... la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".

En el ámbito penal, la STS 1697/1994, 4 de octubre , valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN, en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria "... apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción «iuris tantum» de inocencia consiste". En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero , recordó que "... cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador". Puede también traerse a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders versus Reino Unido ), que en su párrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina.

Y esto es, sin duda, lo que ha acontecido en el supuesto que nos ocupa. El acusado-recurrente expresó su negativa a someterse a la prueba de ADN, alegando que "... así se lo había aconsejado su Abogado". Es cierto que esa negativa no hace sino expresar el libre ejercicio del derecho del imputado a no colaborar en la obtención de las pruebas de cargo. Pero también es cierto que el Tribunal a quo puede valorar esa negativa de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia constitucional y de esa misma Sala.

En el ámbito del proceso penal, el imperio del art. 24.2 de la CE , al reconocer el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo, impide al órgano jurisdiccional, en aquellos casos en los que el imputado se niega a declarar, interpretar el ejercicio de este derecho como una causa que exonere al Ministerio Fiscal del desafío probatorio que asume desde el inicio de las investigaciones.

Más allá de la discutible calificación por algunos de ese silencio o de las explicaciones inverosímiles como indicios endoprocesales, lo cierto es que su adecuada ponderación es obligada, no como indicio o contraindicio, sino como elemento de respaldo de la inferencia probatoria obtenida por el Tribunal a partir de los verdaderos indicios. Reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000 de 15 de noviembre, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad -ellos mismos, y por sí mismos- de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia.

Es ese recorrido metodológico el que emplea el Tribunal de instancia para formular el juicio de autoría. La negativa de Geronimo a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero sí puede ser valorada por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el recurrente es autor de los delitos imputados. Está fuera de dudas que



la declaración de responsabilidad del acusado está respaldada por otros muchos indicios que son expuestos y sistematizados con ejemplar pulcritud por los Jueces de instancia ".

En definitiva, las pruebas son suficientes, no existe asomo de arbitrariedad en su valoración y, por tanto, no se ha menoscabo el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los acusados Ángel y Eutimio . La conclusión de la Audiencia acerca de su autoría responde a ese esquema interpretativo y no puede etiquetarse como ajeno a las reglas que acotan el espacio constitucional que nuestro sistema reserva al derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal a quo "... considera que los acusados, por medio de un tercero, con pleno conocimiento de lo que éste hacía, elaboraron las inscripciones de nacimiento de Eutimio y Ángel con la finalidad de poder violar las leyes de extranjería de España y permitir la entrada en nuestro país de los citados, y luego con uso de esos documentos falsos materializar sus deseos como lo hicieron tras lograr engañar a las autoridades españolas. Victoriano colaboró decisivamente en la entrada en España de los otros dos acusados, planeando la trama y firmando en nuestro país los documentos correspondientes a Eutimio y Ángel , haciéndose pasar por su padre biológico".

5.- Conforme al art. 901 de la LECrim , procede la declaración de oficio de las costas procesales respecto del acusado Victoriano y la condena en las costas causadas por los acusados Ángel y Eutimio .

### III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por la representación legal de **Victoriano** , contra la sentencia de fecha 16 de abril de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza , en causa seguida por los delitos de falsedad en documento oficial y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, **casando y anulando** parcialmente dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Se declaran de oficio las costas causadas por su recurso.

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por las respectivas representaciones legales de los acusados Ángel y Eutimio .

Se les condena en las costas causadas por sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Carlos Granados Perez

### SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Marzo de dos mil quince.

Por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el procedimiento abreviado núm. 61/2013, tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 6 de Zaragoza, se dictó sentencia de fecha 16 de abril de 2014 , que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:

### I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO .- Por las razones apuntadas en el FJ 3º de la presente resolución, procede la estimación del segundo de los motivos formalizados por el recurrente Victoriano , imponiendo las penas asociadas a los delitos que han sido declarados probados en su mínima extensión, al no constatar la Sala la existencia de razones que justifiquen el incremento de su duración.



### III. FALLO

Se deja sin efecto la pena de prisión de 7 años impuesta por el tribunal de instancia a **Victoriano** y se condena a éste: a) como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial ( arts. 392 y 390.1, en relación con el art. 74 del CP ), a la pena de 1 año, 9 meses y 1 día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante ese mismo período y multa de 6 meses a razón de 4 euros diarios; b) por el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), a la pena de 4 años de prisión, con la misma accesoria durante el tiempo de condena.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia, en lo que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Manuel Marchena Gomez D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Jose Manuel Maza Martin D. Francisco Monterde Ferrer D. Carlos Granados Perez

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