

Roj: **STS 7710/2009 - ECLI:ES:TS:2009:7710**Id Cendoj: **28079120012009101205**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/12/2009**Nº de Recurso: **10663/2009**Nº de Resolución: **1190/2009**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP Z 503/2009,**  
**STS 7710/2009**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Diciembre de dos mil nueve

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Romeo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que condenó al acusado, por un delito **de asesinato**; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Arana Moro.

## I. ANTECEDENTES

**Primero.-** El Juzgado de Instrucción número 11 de Zaragoza, instruyó sumario con el número 4 de 2007, contra Romeo, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección Primera, con fecha 17 de marzo de 2.009, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

**HECHOS PROBADOS:** Conforme a la **prueba** practicada y en virtud de lo establecido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha resultado probado:

Sobre las 21 horas del pasado cuatro de septiembre de 2007, hallándose en el Bar LIDO de la localidad de Gallur (Zaragoza), Carlos Miguel, de 88 años de edad, en compañía de Erica, nacida el 9/10/1968, entró en el mismo el procesado Romeo, nacido en 1964 y sin antecedentes penales, y se les quedó mirando desde la barra del bar, razón por la que Carlos Miguel se dirigió al citado Romeo diciéndole que dejara en paz a Erica, momento en la que ésta, cogiéndole del brazo, le hizo sentar de nuevo. Romeo había pretendido mantener relaciones sexuales con Erica, siendo rechazado por ésta. Sobre las 22 horas Carlos Miguel y Erica abandonaron el Bar Lido dirigiéndose cada uno a su casa. Carlos Miguel procedió a dirigirse a su domicilio sito en la calle Huesca de Gallur, carente de establecimientos abiertos al público, sin tránsito de gente y que acaba en un descampado, siendo seguido por Romeo a cierta distancia. Tras entrar Carlos Miguel en su domicilio, lo hizo Romeo entre las 23 horas del cuatro de septiembre de 2007 y las 2 horas del cinco de septiembre de 2007, entrando por una puerta sita en la parte posterior de la casa-domicilio de Carlos Miguel tras saltar un muro o tapia. Carlos Miguel se encontraba en la cocina de su casa escribiendo, confiadamente, en una mesa una nota manuscrita cuando Romeo, poniéndose en una situación frontolateral izquierda a Carlos Miguel, comenzó a propinarle golpes, con furia, de derecha a izquierda y de izquierda a derecha en la cabeza y luego en el cuerpo, con un objeto cuyas características no constan pero compatible con uno de bordes romos, cierto peso y dimensiones mayores de 20 centímetros de longitud y de 5 a 7 centímetros de ancho. Carlos Miguel, que alzó los brazos con intención de amortiguar o mitigar los golpes que recibía, padeció lesiones faciales rectangulares de un área aproximada, en el



lado izquierdo, de unos 11'3 centímetros de longitud por unos 7'2 centímetros de ancho, y en el lado derecho de 10 centímetros de longitud por 7'1 centímetros de ancho, lesiones mentonianas y cervicales, fracturas mandibulares y torácicas y en extremidades superiores izquierda y derecha y craneoencefálicas, que le produjeron un shock traumático y le ocasionaron la muerte unos minutos después. Romeo procedió a continuación a arrastrar el cuerpo de Carlos Miguel desde la cocina hasta el cuarto de la caldera de su casa donde lo dejó con una barra en la mano. Romeo se tomó una lata de cerveza sin alcohol marca San Miguel O'O que se encontraba en el domicilio de Carlos Miguel y que tiró en el cubo de la basura, llevándose otra de la misma marca, lote y fecha de caducidad, posteriormente, a su domicilio sito en la CALLE000 número NUM000 de Gallur.

No consta que Romeo se llevara nada del domicilio de Carlos Miguel .

Romeo es condenado en sentencia de fecha nueve de julio de 2008 por un delito de robo acaecido en fecha siete de septiembre de 2007.

Romeo , según valoración psicológica realizada, no presenta alteraciones de tipo psicótico, delirante o deterioro cognoscitivo, o cualquier otra que pudiera modificar sus capacidades cognoscitivas o volitivas en relación a los hechos que aquí se enjuician. La personalidad de Romeo es compatible con un Trastorno Antisocial de la Personalidad con presencia de indicadores de rasgos psicopáticos, lo que agrava su peligrosidad.

**Segundo.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

**FALLO:** CONDENAMOS al procesado Romeo , cuyos demás datos personales ya constan en el encabezamiento de esta resolución, como autor responsable de un delito Asesinato, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de DIECISIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y al pago de la mitad de las costas procesales.

ABSOLVEMOS al procesado Romeo , del delito de robo con violencia del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

Asimismo deberá indemnizar a Patricio , en la cantidad de 90.000 euros más los intereses legales desde la fecha de esta sentencia.

Declaramos la insolvencia de dicho procesado, aprobando el auto que a este fin dictó y consulta y Sr. Juez Instructor.

Y para el cumplimiento de la pena principal que se impone, le abonamos todo el tiempo que ha estado privado de libertad por razón de esta causa; y que ya consta en el encabezamiento de esta resolución.

Cúmplase con lo establecido en el artículo 15.4 de la Ley 35/95, de 11 de Diciembre , de delitos violentos y de agresión sexual.

**Tercero.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de Ley, por Romeo , 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 del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

**PRIMERO .-** Al amparo del art. 849.2 LECrim .

**SEGUNDO .-** Al amparo del art. 849.2 LECrim .

**TERCERO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 139 CP .

**CUARTO .-** Al amparo del art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida del art. 21.1 CP .

**Quinto.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

**Sexto.-** Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día diecinueve de noviembre de dos mil nueve.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Romeo



**PRIMERO: El motivo primero por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por inexistencia de pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia basada en los propios documentos en autos y cuyo contenido ha de pasar a integrar el "factum de la sentencia impugnada, documentos tales como las diversas diligencias de prueba practicadas, de cuyo examen se deduce una absoluta falta de pruebas suficiente para desvirtuar la propia presunción de inocencia del recurrente, dado que la única prueba que permite asegurar la presencia de éste en el lugar de los hechos es una lata de cerveza que presuntamente se había bebido tras cometer los hechos y que fue hallada en el cubo de basura de la vivienda, la cual, tras haber sido analizada, presentó rastros de ADN del procesado, pero no existe ningún elemento fáctico que permita asegurar sin ningún género de duda, en primer lugar que dicha lata estuviese en el lugar de los hechos cuando éstos tuvieran lugar. La vivienda no fue preservada sino que durante dos días el escenario del crimen fue contaminado debido a una continua entrada y salida de gente de la misma, y en segundo lugar y en directa correlación con lo anterior, tampoco se puede asegurar que la lata de cerveza analizada, cuyos resultados fueron determinantes a la hora de condenar al recurrente, fuese la misma que se intervino en la casa de la víctima, por los hechos y circunstancias que se exponen, debe ser analizado conjuntamente con El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim. por evidente nulidad en las actuaciones que condujeron a la obtención ilícita de las pruebas de cargo existentes e infracción de la presunción de inocencia, art. 24 CE .**

Alegando en síntesis: que la lata de cerveza hallada en el cubo de basura de la víctima el 6.9.2007 no consta que fuese precintada, ni acta del Secretario Judicial, no llegando al juzgado hasta el 3.10.07, y dicha evidencia se pierde hasta que el 16.10.2007 consta su entrada en Madrid, por lo que no ha quedado acreditada debidamente la cadena de custodia; que se procedió a realizar un registro en la vivienda del recurrente sin haber contado con la preceptiva autorización judicial al no constar en autos el auto del juzgado de Instrucción nº 6 que autorizó el registro; que al recurrente se le extrajo una muestra de ADN en las propias dependencias policiales, sin que este expresase su consentimiento previo, ni los agentes actuantes contasen con la preceptiva autorización judicial, ni estuviese presente un Letrado que asistiese al detenido.

Con carácter previo debemos recordar que el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o 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». Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el Art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta, porque el recurso de amparo (y el de casación añadimos nosotros) no es un recurso de apelación, ni éste Tribunal una tercera instancia.

Como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas STS. 672/2007 de 19.7 , cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal «a quo» contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7 ).

Así pues, al 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 intermediación, 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 intermediación 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 intermediación, 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 ). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE ), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la reciente STC. 123/2006 de 24.4 , que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE . "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin **pruebas** de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las **pruebas** a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE . sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la **prueba**, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las **pruebas**, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5 ).

Consecuentemente debe otorgarse un amplio contenido a la presunción de inocencia, como regla de juicio, lo que permite un triple control del proceso inferencial seguido por los Jueces ordinarios:

1º El de la practica de la **prueba** y el respeto a las garantías.

2º El de la exposición por el órgano judicial de las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada.

3º El de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC. 169/86, 107/89, 384/93, 206/94m, 24/97, 81/98, 189/98, 1/99, 235/2002, 300/2005, 66/2006 ).

B) Por otro lado, a falta de **prueba** directa de cargo, también la **prueba** indiciaria, puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1) El hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados.

2) Los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados.

3) Para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

4) Y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre , 'en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes' (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008 ).

El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la **prueba** indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente





abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso el Tribunal Constitucional ha de ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" (STC 229/2003 de 18.12, 300/2005 de 21.11 ).

**SEGUNDO:** Asimismo habrá que analizar las objeciones expuestas por el Ministerio Fiscal al impugnar ambos motivos, dado que en la instancia el recurrente no planteó la nulidad de ninguna de las diligencias practicadas en la instrucción por lo que la ilicitud que formula en el presente recurso "ex novo".

Ciertamente el ámbito de la casación debe constreñirse a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado temporalmente afloran en este trámite. Así en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24.9.97 se acordó que las vulneraciones de derechos constitucionales deberán alegarse previamente ante el Tribunal juzgador, como requisito previo para que luego puedan esgrimirse ante el Tribunal Supremo como motivos de casación, salvo -como es obvio- que la vulneración se haya producido en la misma sentencia (SSTS. 344/2005 de 18.3, 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7 ).

Este criterio, como señala la STS. 707/2002 de 26.4 , se fundamenta esencialmente en dos razones: una referida a los principios del proceso penal y otra a la naturaleza del recurso de casación, pero que están íntimamente relacionadas. Respecto de la primera se señala que la aceptación de cuestiones nuevas en la casación obligaría al Tribunal Supremo a decidir, por primera vez y no en vía de recurso, sobre temas que no fueron discutidos en el plenario ni, por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, no habiéndose sometido a la debida contradicción. Respecto de la segunda se argumenta que es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo -que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. En todo caso, esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia, tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad antes dicha de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (STS. 1231/2002 de 1.7 ), pues en caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS. 1256/2002 de 4.7, 545/2003 de 15.4 ).

Ahora bien dado que la misma jurisprudencia admite, no obstante, dos excepciones a este criterio, en primer lugar, cuando se trata de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación favorezca al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma, conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada; y en segundo lugar, cuando se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión, supuesto éste en que podrían encuadrarse algunas de las cuestiones planteadas, considera esta Sala conveniente pronunciarse sobre las mismas.

*A) recogida de la lata de cerveza por la Policía, sin levantarse acta ni intervención del secretario judicial. Cadena de custodia.*

Como ya dijimos en SSTS. 1337/2005 de 26.12 y 1281/2006 de 27.12 no es precisa la intervención de Secretario judicial en la inspección ocular realizada por la Guardia Civil. La Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126 , la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o **pruebas** que acrediten su perpetración como expresamente se recoge en el art. 282 de la Le criminal que expresamente faculta a la Policía Judicial para " recoger los efectos, instrumentos o **pruebas** del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial".

Se trata en todo caso, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim . atribuyen a la Policial Judicial y el art. 11.1 g de la LO. 2/86 otorga a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad.

El descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre, etc... son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de

las mismas habrán de acceder al Juzgador y al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de **pruebas**.

En tal sentido pueden citarse las sentencias de esta Sala de 7.10.94, 9.5.97 y 26.2.99, 26.1.2000 , que recuerdan que los arts. 326 y 22. LECrim . se han de poner en relación con los arts 282 y 786.2 (actual art. 770.3 ) del mismo Texto Legal y con el Real Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o **pruebas** del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Estimación que no quebranta el art. 326 LECrim . ni se causa indefensión, por el hecho de que los vestigios hallados por los especialistas en identificación, sean remitidos a los respectivos Gabinetes científicos.

En cuanto que no se levantara acta de la diligencia de ocupación de la lata y no estuviera presente secretario judicial, carece de relevancia, toda vez que la **prueba** del hecho no radica en el acta de ocupación, sino en el testimonio prestado por los funcionarios en el juicio oral con todas las garantías relatando las circunstancias y resultado del registro practicado.

En efecto, el acta levantada por el secretario judicial constituye el único vehículo que permite la valoración de la diligencia como **prueba** preconstituida en cuanto a su contenido y la reseña de los efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa a la propia naturaleza de la función orgánica atribuida al Secretario Judicial.

Por tanto la presencia del secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como **prueba** preconstituida, pero no para la validez de una diligencia policial como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la inmediatez.

Pues bien en el caso presente el informe técnico-policial NUM001 del Laboratorio de Criminalística de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza en relación a la inspección ocular escenario del hecho fallecimiento de Carlos Miguel (folio 243 a 269) detalla como en el cuarto-cocina del domicilio de la víctima, en el cubo de basura que se encontraba en el armario situado en el lateral izquierdo, bajo la poza, se localizó una lata de cerveza, marca San Miguel 0,0, abierta y consumida (ver fotografía nº 07, folio 250).

En el acto del juicio oral compareció el instructor de tal informe Guardia Civil NUM002 , responsable de Criminalística de la Guardia Civil de Zaragoza quien ratificó dicho informe, manifestando que ene. cubo de basura había una lata consumida. Se fijó en los bordes para localizar el ADN. Al detenido se le reseñó y se le tomaron muestras por el medico forense. La muestra que se toma de los objetos es la que se remite al laboratorio de Madrid. De la casa del fallecido se recogieron dos latas y de la vivienda del detenido se recogió una. El perfil genético del acusado coincide con las muestras tomadas en la lata del cubo de basura. Solo eran de un donante. Generalmente no hay márgenes de error en este tipo de muestras. Dan un 99% de fiabilidad. Asimismo el Guardia Civil nº NUM003 declaró en el plenario que en la inspección ocular apareció en la bolsa de basura una lata de cerveza que había sido consumida. Que estuvieron en la vivienda hasta que llegó la policía científica. Que en el primer registro en el domicilio del acusado le pidió a la secretaria que hiciera constar una lata de cerveza que se intervino.

El Guardia Civil con carnet profesional NUM004 relató en el juicio oral que en el piso del fallecido encontraron dos latas, una de ellas en el cubo de basura. En el domicilio del acusado se encontró una lata de cerveza, marca San Miguel 0,0 como la encontrada en la casa del fallecido.

En el mismo sentido el Guardia Civil NUM005 indicó que en el domicilio de la víctima había una lata de cerveza en el cubo de la basura y otra en la cocina.

Consecuentemente ha existido **prueba** constituida por la testifical de los guardias civiles intervinientes practicada ante el tribunal "a quo" con las debidas condiciones de inmediatez y contradicción acreditativa de la ocupación en el cubo de basura del domicilio de la víctima de una lata de cerveza San Miguel.

**TERCERO:** En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como **pruebas** en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediatez, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la "**mismidad**" de la **prueba**. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la



que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia,, y en su caso, se destruye.

a) En el caso que nos ocupa consta que la lata de cerveza San Miguel 0,0 lote 331770953, y fecha caducidad 26.6.08 intervenida en el primer registro de la vivienda del acusado realizado el 11.9.2007, fue identificada como la muestra 103/07.03 y remitida al Laboratorio de la Unidad orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Zaragoza, para su análisis, quedando a disposición del Juzgado Instrucción nº 11 de Zaragoza (ver diligencia folio 167 bis), constando su recepción por dicho Laboratorio ese mismo día 11.9.2007, (folios 278 a 279).

b) Respecto a las dos latas de cerveza, del mismo numero de lote y fecha de caducidad que la anterior, halladas en el domicilio del fallecido, una abierta y consumida en el cubo de basura y otra sin abrir en una encimera de la cocina consta que fueron recogidas por el Laboratorio de Criminalística de la U.O.P.J. Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza (ver informe técnico policial NUM001 , folio 250), procediendo a realizarse sobre ambas su estudio lofoscópico efectuándose examen de las superficies aptas, mediante la aplicación de las distintas técnicas y reactivos idóneos para este tipo de soportes, en una búsqueda tendente a la localización de posibles huellas latentes que condujeran a la identificación del autor, es del hecho, obteniendo un resultado negativo (folios 266 y 267).

Asimismo sobre la lata abierta y consumida recogida en el cubo de basura de la cocina se realizó un estudio biológico extrayéndose residuos biológicos en el borde superior junto a la zona de apertura, remitiéndose Kit con dichas muestras -por tanto no la lata- al Departamento de biología del Centro de Investigación y Criminalística (SECRIM) de la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, solicitándose la elaboración de los polimorfismos de ADN a la muestra biológica debatida y estudio comparativo de la /s muestras indubitadas recogidas en el resto de actuaciones del caso (folio 266).

Consta que ambas latas fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción nº 11 (folio 269), quien con fecha 2.10.2007 remitió al Juzgado Decano (deposito judicial de efectos) entre otros objetos: 1 lata de cerveza San Miguel 0,0, y 2 latas vacías de cerveza San Miguel 0,0 (folio 273), obrando el resguardo de deposito de las mismas de la misma fecha del Decanato (folio 294), si bien solo hace referencia a las dos latas vacías de San Miguel (esto es, las intervenidas, respectivamente, en el domicilio del acusado y en el cubo de basura de la cocina de la víctima), pero la falta de referencia a la lata sin consumir hallada en la vivienda de la víctima, no tiene especial relevancia, desde el momento en que el examen lofoscópico sobre la misma dio resultado negativo.

Por último, consta en el informe NUM006 , fechado el 19.5.2008 del Servicio Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil (Madrid) Departamento de Biología, que el día 16.10.2007 tuvo entrada en dicho Servicio el escrito nº 2507, de fecha 6.10.2007 de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza, por el que se remitían, entre otras evidencias, la nº NUM007 , Kit porta hisopos conteniendo dos hisopos aplicados por la "boca" de la alta de cerveza hallada en el cubo de basura, identificados como "131/07-15".

Consecuentemente no hay dato alguno del que inferir que no se haya mantenido la cadena de custodia, insistiéndose en que lo remitido al Departamento de biología para su análisis no fue la lata intervenida en la bolsa de basura, sino los hisopos con residuos biológicos extraídos de su borde superior.

c) Resta pronunciarse sobre la referencia contenida en este apartado del recurso al hallazgo de los restos biológicos del acusado en la lata de basura y que la sentencia toma como base para la condena, insinuándose que como el propio acusado declaró en su momento que, mientras se hallaba detenido en los calabozos un Guardia Civil le dio a beber una lata de cerveza sin alcohol, hecho que no dejó de extrañar al recurrente, y que incluso fue reconocido por uno de los Guardias Civiles en el acto de la visto, lo que perfectamente explicaría el hallazgo posterior. Insinuación absolutamente inaceptable pues se está poniendo de relieve una posible manipulación de **pruebas** para implicar al acusado, huérfana de cualquier sustrato probatorio, no solo porque aquel Guardia Civil añadió también en su declaración que el bote de cerveza de los calabozos, una vez bebido, se tiró a la papelera y no se guardó, sino porque debe tenerse en cuenta que Romeo fue detenido a las 14,45 horas del día 12.9.2007 (folio 154) y la lata en la que aparecieron sus restos biológicos fue ocupada, a partir de las 5,20 horas, el día 6.9.2007, esto es 6 días antes (folios 245 y 250).

b) con referencia al registro de la vivienda del acusado realizado el 11.9.07 sin la preceptiva autorización judicial, al no constar en autos el auto del juzgado de instrucción 6 que autorizó el Registro, el punto de partida es si "objetos intervenidos en un registro realizado en unas diligencias seguidas contra una persona pueden ser introducidos en proceso distinto seguidos contra esta persona pueden ser introducidos en proceso distintos



seguidas contra esta persona, sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Esta Sala ha analizado estas cuestiones relativas a la tramitación de procedimientos diferentes en los que se pretende hacer uso a medios de **prueba** obtenidos en otros distintos y ha llegado a rechazar la posibilidad de utilizarlos cuando no existe el menor vestigio documental ni de la petición policial de entrada y registro ni de su concesión; considerando que ello afecta a requisitos de legalidad constitucional, lo que exime del resto de las cuestiones de legalidad ordinaria que puedan suscitarse.

Ahora bien en el caso presente consta, folios 73 y ss. que como consecuencia de dos robos en los que aparecía implicado Romeo, se practicó un registro en su domicilio el día 11.9.2007, previo mandamiento de entrada y registro del Juzgado Instrucción nº 6 Zaragoza, así figura en el acta de entrada y registro obrante a los folios 174 y 175, en la que se refiere como el secretario judicial entrega copia del auto al acusado presente, todo ello en el marco de las diligencias indeterminadas 148/07, ocupándose en este registro (ver folio 174 vuelto una lata de cerveza San Miguel 0,0% de color azul, verde y gris, lote nº 331.770.953, de fecha 26.6.2008.

Pues bien no se ha aportado pro el recurrente resolución alguna en el sentido de declarar la nulidad de ese primer registro -con posterioridad se practicó en las presentes diligencias un nuevo registro, el día 12.9.2007, judicialmente autorizado (folios 60 y 182 a 184), cuya legalidad desde la perspectiva constitucional y ordinaria no ha sido cuestionada y la prohibición de valorar cualquier **prueba** que directa o indirectamente derivase de aquella diligencia.

Consecuentemente y partiendo de que no puede establecerse una presunción de que cualquier actuación judicial practicada en otro procedimiento en cuanto afecta a derechos fundamentales, en el caso presente, la conformidad con las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria del primero de los registros se desprende del propio procedimiento, aunque se trate de diligencia realizada en otro distinto.

En este punto debemos destacar el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26.5.2009 que si bien relativo a la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, puede ser aplicable a las entidades y registros domiciliarios, el contenido de dicho acuerdo es el siguiente: "**En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones - en este caso de la inviolabilidad del domicilio- es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de **prueba** en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de **prueba**, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de **prueba** propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella **prueba**".**

Supuesto que sería el contemplado en el caso presente en el que el recurrente no cuestionó en la instrucción ni en la instancia la existencia y regularidad en la obtención del auto judicial de fecha 11.9.2007 autorizando la entrada y registro en el domicilio del mismo.

**QUINTO:** Respecto a la extracción de ADN en las propias dependencias policiales sin que el acusado expresase su consentimiento previo, ni los agentes actuantes consten con la preceptiva autorización judicial ni, por supuesto estuviese presente un letrado que asistiese al detenido, siendo al parecer dicha muestra la que se remitió a Madrid para su posterior análisis, debemos recordar -dice la STS. 179/2006 de 14.2 - que en nuestro panorama legislativo actual, quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la **prueba** de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2º se dice: "*Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad*".

El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: "*Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias*





*para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282 ".*

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

En los otros supuestos será el art. 326 L.E.Cr . sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Esa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

**"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".**

Acuerdo que ha sido recogido en las SSTs. 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6, 949/2006 de 4.10, 1267/2006 de 20.12 .

La aplicación de la doctrina anterior hace inasumible la queja del recurrente en las diligencias 103/07 del Equipo de Policía Judicial de Egea de los Caballeros, Comandancia 2081ª de la Guardia Civil de Zaragoza. Consta la muestra NUM008 . Kit de muestra biológica realizada con autorización al detenido Romeo , la cual fue realizada con su consentimiento y remitida al Laboratorio de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Zaragoza para su análisis, quedando a disposición del Juzgado Instrucción nº 11 de Zaragoza (folio 167 bis), lo que resulta corroborado por el propio acusado que en su declaración ante el instructor (folio 190) manifestó que "le tomaron una muestra de saliva la Guardia Civil y muestras de las uñas y de su ropa y que el declarante consintió voluntariamente... y está conforme en que se le vuelva a tomar otra muestra de saliva".

Por auto de 14.9.2007, el Juez instructor, con base a los arts. 363.2 y 326 LECrim , autorizó la extracción de células epiteliales de la mucosa bucal a Romeo , debiéndose efectuar la extracción por medico forense, a efectos de posibilitar su ulterior remisión al Laboratorio correspondiente por parte de la Policía Judicial para los cotejos con los hallazgos de perfil genético en relación al homicidio objeto de la causa, (folios 194 y 195).

Ese mismo día, 14.9.2007, por la medico forense se procedió a la toma de dos hisopos con muestras de epitelio bucal de Romeo , siendo entregadas dichas muestras al Laboratorio de Criminalística de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Zaragoza (agente nº NUM009 ).

Consecuentemente las diligencias impugnadas se practicaron con pleno respeto a los derechos fundamentales del recurrente.

**SEXTO:** Siendo así la Sala de instancia ha contado con **prueba** suficiente de cargo, obtenida sin violar derechos fundamentales, **prueba** que detalla y valora en el fundamento de derecho seguido: testifical de Erica con la que el acusado pretendió mantener relaciones el acusado en un momento anterior a los hechos siendo rechazado por ella, y con quien la víctima se encontraba entre las 21 y 22 horas del día de los hechos; de Anibal que vió a Carlos Miguel la noche que lo mataron, iba a dejar a su novia en casa y lo vio, así como a un señor que lo seguía. A tres o cuatro pasos iba la otra persona. En ese momento reconoció al acusado como la persona que seguía a la víctima y entonces estaba seguro. Cuando se novia se metió en casa, al parecerle sospechosas las pintas de esa persona, llamó a su novia para que cerrara bien. Vió entrar al Sr. Carlos Miguel en su caso y al otro cerca. Le extrañó pues es una de las últimas casas. Indicios éstos que cobran sentido con la aparición en el domicilio de Carlos Miguel en el cubo de la basura de la cocina de una lata de cerveza sin alcohol, marca San Miguel, del mismo lote y fecha de caducidad que otra encontrada en el domicilio del acusado, y otra lata, sin abrir, en la vivienda de la víctima, latas todas adquiridas por Patricio , hijo de la víctima, en el establecimiento DIA de Gallur; y la **prueba** de ADN del Laboratorio de Criminalística practicado por los Guardias Civiles nº NUM010 y NUM011 que en el juicio oral ratificaron sus informes, es concluyente, en el sentido de que el perfil genético de las muestras biológicas de la lata vacía hallada en el cubo de basura de la cocina del domicilio del fallecido se corresponde con el de Romeo .



Hemos de afirmar, por tanto el carácter no irrazonable de la inferencia llevada a cabo por el Tribunal "a quo" tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia como desde la óptica del grado de solidez requerido, pues el engarce entre los hechos inicial y directamente probados y los hechos final e indiciariamente estimados acreditados, que el órgano judicial sustenta en el incidente previo que la víctima mantuvo esa misma noche con el acusado, que este fue visto por un tercero seguir a la víctima hasta su casa, la existencia de su perfil genético en una lata de cerveza ocupada en la basura de la cocina del domicilio del fallecido del mismo lote y caducada que la lata encontrada en su propio domicilio, resulta conforme a las reglas de la lógica y permite concluir que fue el recurrente presente la noche de los hechos en el domicilio de la víctima y fue el autor de su muerte, inferencia que no es excesivamente abierta o indeterminada máxime si se tiene en cuenta la inexistencia de una explicación alternativa de alguna solidez por su parte que justifique la presencia de su ADN en la lata de cerveza hallada en el cubo de basura, debiendo recordarse al respecto que de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional la futilidad del relato alternativo del acusado, si bien es cierto que no puede sustituir la ausencia de **prueba** de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la **prueba**, si puede servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (SSTC. 220/98 de 16.11, 153/2002 de 22.7, 135/2003 de 30.6, 300/2005 de 21.11 ).

**SEPTIMO: El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 139 CP . por cuanto del conjunto de los hechos no se desprende que el recurrente obrase presuntamente, con los requisitos necesarios de la alevosía, configuradora del asesinato.**

Se argumenta que la víctima intento repeler la agresión que estaba sufriendo -ocupando el agresor una posición de frente y a la izquierda de la víctima-, por lo que la misma si contaba con una cierta capacidad de respuesta y efectivamente se defendió a pesar de su edad, y si tenia casi 90 años, sin embargo, no estaba en absoluto impedida y se hallaba en plenitud de sus condiciones, por lo que no se entiende que la sentencia considera la existencia de la alevosía, que resulta incompatible con la existencia de un forcejeo entre la víctima y el agresor y con la presencia de heridas defensivas, y lo máxime que cabría considerar es la existencia de un abuso de superioridad.

En lo concerniente a la concurrencia de la alevosía cualificadora del asesinato, en las SSTS. 713/2008 de 13.11, y 716/2009 de 2.7 , decíamos que el art. 22.1 CP . la circunstancia agravante "de ejecutar el hecho con alevosía", y que hay alevosía "cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona jurídica proceder de la defensa por parte del ofendido".

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, se exige, según refiere invariablemente la doctrina científica y la jurisprudencia de esta Sala -vid SS. 155/2005 de 15.2 y 357/2005 de 22.3 -, los siguientes requisitos:

- a) En primer lugar, un elemento normativo. La alevosía solo puede proyectarse a los delitos contra las personas.
- b) En segundo lugar, un elemento objetivo que radica en el "modus operandi", que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.
- c) En tercer lugar, un elemento subjetivo, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Es decir el agente ha de haber buscado intencionadamente la producción de la muerte a través de los medios indicados, o cuando menos, aprovechar la situación de aseguramiento del resultado, sin riesgo.
- d) Y en cuarto lugar, un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión.

Finalmente, es necesario que se aprecie una mayor antijuricidad en la conducta derivada precisamente del modus operandi, conscientemente orientado a aquellas finalidades, (STS 1866/2002, de 7 noviembre ).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la eliminación de la defensa (STS. 86/2004 de 28.1 y 363/2004 de 17.3 ), como señalábamos en la STS. 1890/2001 de 19.10 , el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS. 178/2001 de 13.2 ).

Entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa, esta Sala por ejemplo S. 49/2004 de 22.1 , viene distinguiendo:



- a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera.
- b) alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.
- c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.

En el caso presente el cauce casacional del art. 849.1 LECrim . obliga al respeto absoluto de los hechos probados, 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 . (error en la apreciación de la **prueba**) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim .

En efecto, como se dice en la STS. 121/2008 de 26.2 , el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim . ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por 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.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim . se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las **pruebas**, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

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.

Pues bien en el relato fáctico " *Tras entrar Carlos Miguel en su domicilio, lo hizo Romeo entre las 23 horas del cuatro de septiembre de 2007 y las 2 horas del cinco de septiembre de 2007, entrando por una puerta sita en la parte posterior de la casa-domicilio de Carlos Miguel tras saltar un muro o tapia. Carlos Miguel se encontraba en la cocina de su casa escribiendo, confiadamente, en una mesa una nota manuscrita cuando Romeo , poniéndose en una situación frontolateral izquierda a Carlos Miguel , comenzó a propinarle golpes, con furia, de derecha a izquierda y de izquierda a derecha en la cabeza y luego en el cuerpo, con un objeto cuyas características no constan pero compatible con uno de bordes romos, cierto peso y dimensiones mayores de 20 centímetros de longitud y de 5 a 7 centímetros de ancho. Carlos Miguel , que alzó los brazos con intención de amortiguar o mitigar los golpes que recibía, padeció lesiones faciales rectangulares de un área aproximada, en el lado izquierdo, de unos 11'3 centímetros de longitud por unos 7'2 centímetros de ancho, y en el lado derecho de 10 centímetros de longitud por 7'1 centímetros de ancho, lesiones mentonianas y cervicales, fracturas mandibulares y torácicas y en extremidades superiores izquierda y derecha y craneoencefálicas, que le produjeron un shock traumático y le ocasionaron la muerte unos minutos después*".

Del anterior factum se desprende que Carlos Miguel no tuvo ninguna posibilidad real de defensa. La agresión fue inesperada para la víctima -que no olvidemos tenia 88 años de edad- y nada pudo oponer a la actuación del acusado, de 43 años y armado con un objeto contundente y romo. El hecho de que la víctima levantara los brazos para intentar parar los golpes no es una verdadera reacción defensiva sino un simple reflejo instintivo, meramente pasivo y no generador de riesgo alguno para el agresor. En este sentido, en cuanto a la eliminación



de toda posibilidad de defensa de la víctima, las SSTS. 13.3.2000 y 15.2.2005 , nos dicen que debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos insitos en el propio instinto de conservación.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

**OCTAVO: El motivo cuarto por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por no haber aplicado la eximente incompleta de alteración psíquica o atenuante** por cuanto del tenor de los hechos consta en autos que el recurrente viene padeciendo un trastorno audisocial de la personalidad agravado con la presencia de una psicopatía que no le permite ser plenamente consciente de las graves consecuencias del delito cometido.

El motivo deviene improsperable.

El relato fáctico de la sentencia, de obligado respeto en esta vía casacional recoge: " *Romeo , según valoración psicológica realizada, no presenta alteraciones de tipo psicótico, delirante o deterioro cognoscitivo, o cualquier otra que pudiera modificar sus capacidades cognoscitivas o volitivas en relación a los hechos que aquí se enjuician. La personalidad de Romeo es compatible con un Trastorno Antisocial de la Personalidad con presencia de indicadores de rasgos psicopáticos, lo que agrava su peligrosidad*".

Pues bien, como hemos recordado en SSTS. 742/2007 de 26.9 y 957/2007 de 28.11 , los trastornos de la personalidad pueden definirse como patrones permanentes del pensamiento, sentimiento y comportamientos inflexibles y desadaptativos que comportan un significativo malestar subjetivo y/o deterioro de la actividad social o laboral. Los que sufren estos trastornos tienen dificultades para responder de manera flexible y adaptativa a los cambios y las demandas que forman parte inevitable de la vida diaria.

Son síntomas comunes a todos los trastornos de personalidad, antiguamente llamados psicópatas o caracterópatas:

- 1º La desproporción entre estímulos y respuestas (bien físicos o bien psíquicos).
- 2º Elementos de personalidad faltos de armonía (entre propósitos y actos, voluntad de instintos, etc.).
- 3º Estado de ánimo con frecuencia irregular, inestable, faltando objetividad al enjuiciar sus problemas y los de los demás.
- 4º Carencia de déficit intelectual, angustias o delirios (o al menos no se superponen).
- 5º Actos impulsivos y torpes, en ausencia de premeditación.
- 6º Suele haber mejor desarrollo de la inteligencia practica que de la verbal.
- 7º En épocas más avanzadas de su trastorno pueden angustiarse, neurotizarse, psicotizarse y consumir tóxicos.

Ahora bien no puede desconocerse que no basta con la existencia del trastorno sino que para poder apreciarse una causa de negación o de limitación de la imputabilidad (capacidad de culpabilidad), es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante.

La STS. 2006/2002 de 3.12 , se ocupó de un caso de trastorno delirante de perjuicio y un trastorno limite de personalidad, y recordó que la jurisprudencia había establecido ... "que no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas (S.T.S. de 9/10/99, nº 1400 ). Ya la Jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, " *ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo* " (S.T.S. 51/93 de 20.1, 251/2004 de 26.2 ).

Igualmente ha señalado la Jurisprudencia que los trastornos de la personalidad, como es el caso, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento (psicoterapia o fármacos) e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves (enfermedad neurológica), pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base





funcional o patológica, hay que insistir, debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto, y los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la Jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad del mismo (S.T.S. de 1074/2002 de 11.6, 1841/2002 de 12.11, 820/2005 de 23.6).

La STS 1109/2005 de 28.9, remitiéndose a la STS. nº 1363/2003, de 22 octubre, se decía que "como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad (Sentencia Tribunal Supremo núm. 831/2001, de 14 mayo)", para terminar recordando que "en la doctrina jurisprudencial la relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general".

En la STS. 879/2005 de 4.7, se dice que el Tribunal Supremo ha venido señalando respecto de las psicopatías, que no afectan al entendimiento y la voluntad, sino a la afectividad, y por ello ha venido rechazando tradicionalmente la exención y admitiendo la atenuación cuando se presenta acompañada de otros trastornos (STS de 19-12-85). Y aunque posteriormente (STS de 29-12-88) la inclusión de las psicopatías entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales realizada por la O.M.S., conocida por las siglas ICD. ó CIE. (Internacional Classification of Diseases) e igualmente por la otra calificación de enfermedades mentales patrocinada por la American Psychiatric Association (APA), la DSM (Diagnostic Statistical Manual), junto con la ampliación efectuada por el Código Penal de 1995, ha llevado a considerar que dentro de la expresión utilizada de: "cualquier anomalía o alteración psíquica", se abarcan no sólo las enfermedades mentales en sentido estricto, como venía entendiendo la jurisprudencia al interpretar el concepto "enajenación", sino también otras alteraciones o trastornos de la personalidad, sin embargo esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deban influir en la responsabilidad criminal, ha aplicado en general la atenuante analógica, reservando la eximente incompleta (SSTS de 24 de enero de 1991, 6 de noviembre de 1992, 24 de abril de 1993, y 8 de marzo de 1995, entre otras muchas) para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalías relevantes como el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus grados iniciales, la histeria, la toxicomanía, etc. (véase STS de 4 de noviembre de 1999 y nº 1363/2003, de 22 de octubre, y 696/2004 de 27 de mayo), que recuerda también sobre la misma cuestión, ahora en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad que la doctrina de esta Sala "en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no califican de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y sólo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido". Esto es, en estos casos, de lo que se trata es de determinar la capacidad de quien padece el trastorno para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión (SSTS 1604/99, de 16 de noviembre; nº 1692/2002, de 14 de octubre; nº 1599/03, de 24 de noviembre).

Esta última precisión es importante. La categoría nosológica de los trastornos de la personalidad (como antes la de las psicopatías), incluye una serie de desórdenes mentales de contenido muy heterogéneo, por lo que el tratamiento penal de uno de ellos no siempre será exactamente extrapolable a todos los demás. Por eso la sentencia 2167/2002 de 23.12, advierte prudentemente que se trata ".... de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a las características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos....".

El recurrente, conforme al informe de valoración psicológica, folios 119 a 121 del rollo de la Sala, presenta una personalidad compatible con trastorno antisocial de la personalidad, con presencia de indicadores de rasgos psicopáticos.

Pues bien el trastorno antisocial de la personalidad (o disocial, según la D.D.M. F. 60.2) se caracteriza, según las Clasificaciones Internacionales a que nos hemos referido, por:

- Despreocupación por los sentimientos de los demás y falta de capacidad de empatía.



- Actitud marcada y persistente de irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales.
- Incapacidad para mantener relaciones personales duraderas.
- Muy baja tolerancia a la frustración, con bajo umbral para descarga de agresividad, dando lugar a un comportamiento violento.
- Irritabilidad y agresividad, indicados por peleas físicas repetidas y agresiones.
- Incapacidad para sentir culpa y poder aprender de la experiencia, en particular del castigo.
- Marcada predisposición a culpar a los demás o a ofrecer racionalizaciones verosímiles del comportamiento conflictivo.
- Falta de remordimientos como lo indica la inferencia o la justificación de haber dañado o maltratado a otros.

En definitiva, las personas diagnosticadas de trastornos antisociales de la personalidad, o antiguamente llamados psicópatas desalmados o "moral insani" a pesar de la incorregibilidad de sus actos, tienen suficiente inteligencia para inhibirlos e incluso corregirlos, por lo que a pesar de su desviación instintiva, afectiva y volitiva, poseen capacidad suficiente para reprimirlos -por ello la mayoría de los autores niegan su inimputabilidad). son, por tanto, sujetos que conocen perfectamente las escalas de valores, pero son incapaces de sentirlas. Es frecuente que el sexo les produzca gran inseguridad, con lo cual baja su dintel a la frustración y es frecuente que manifiesten conductas neuróticas.

Este tipo de personas suelen ser celosas, suelen tratarse de personas rencorosas, feroces, vengativas, cínicas, orgullosas e indisciplinadas. Es también frecuente que muestren precozmente su perversión, careciendo de vergüenza, pundonor, arrepentimiento, fiabilidad y respeto. Carecen, por tanto, de empatía, teniendo escasa fiabilidad en sus manifestaciones y tendiendo a manipular los pensamientos y sentimientos de los demás en beneficio propio.

En el caso presente en el informe de valoración psicológica antes referido destaca que no es apreciable un cuadro paranoide o interpretación delirante de la realidad y no han podido constatarse datos que sugieran trastorno en los aspectos psicológicos que pudieran afectar a una percepción y comprensión de la realidad o de las consecuencias de las propias acciones, para concluir que según la valoración psicológica realizada, el informado no presenta alteraciones de tipo psicótico, delirante o deterioro cognoscitivo o cualquier otro que pudiera modificar sus capacidades cognoscitivas o volitivas en relación a los hechos imputados.

Consecuentemente el motivo deviene improsperable.

**NOVENO:** Desestimándose el recurso las costas se imponen al acusado, art. 901 LECrim .

### III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Romeo** , contra sentencia de 17 de marzo de 2009, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera, que le condenó como autor de un delito de asesinato; y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta resolución 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. Andres Martinez Arrieta D. Julian Sanchez Melgar D. **Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Alberto Jorge BarreiroD. Diego Ramos Gancedo**

**PUBLICACION** .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.