



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ponente: JOAQUIN DELGADO GARCIA

ECLI: ES:TS:2005:2395

Número de Recurso: 774/2004

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

Número de Resolución: 501/2005

Fecha de Resolución: 19 de Abril de 2005

Emisor: Tribunal Supremo - Sala Segunda, de lo Penal

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante este tribunal pende, interpuesto por el acusado D. Alexander , representado por el procurador Sr. Cuevas Rivas, contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2004 por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que entre otros pronunciamientos le condenó por delito de daños terroristas y coacciones, los componentes de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que al margen se expresan, se han constituido para su vista y fallo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y ponente D. Joaquín Delgado García.

ANTECEDENTES

1.- El Juzgado Central de Instrucción número 3 incoó Procedimiento Abreviado con el nº 370/2001 contra D. Alexander y D. Simón que, una vez concluso remitió a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, con fecha 12 de abril de 2004 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Probado, y así se declara, que: PRIMERO.- El acusado Alexander , mayor de edad y sin antecedentes penales, junto con otras tres personas cuya identidad no ha sido debidamente acreditada, sobre las 23 horas y 20 minutos del día 3 de noviembre de 2001, tras cubrirse todos ellos el rostro con sendas capuchas para evitar ser reconocidos, abordaron el autobús urbano matrícula BI- 7950-CT, propiedad de la empresa Eusko Tren, cuando se hallaba parado a la altura del número 64 de la c) Simón Otxandotegui de la localidad de Berango (Vizcaya), sin pasajeros en su interior.

Los cuatro individuos accionaron desde el exterior la apertura de emergencia de las puertas del referido autobús, e inmediatamente entraron en su interior, en donde se encontraba el conductor del vehículo identificado con el nº NUM000. Los asaltantes obligaron a dicho conductor a abandonar el autobús mediante gritos y ademanes que lo amedrentaron, teniendo que salir del mismo preso de gran temor.

Seguidamente el acusado y sus compañeros rociaron por completo el vehículo con un líquido inflamable y le prendieron fuego.

Las llamas se propagaron rápidamente causando importantes desperfectos, no sólo en el autobús, sino también en la marquesina situada en esa parada y puesta por la Diputación de Vizcaya.

Igualmente se quemaron efectos personales del conductor, valorados en 163,40 euros y 450,70 euros de la recaudación del día de la empresa Eusko Tren.



Los desperfectos causados en el autobús están tasados en 168.129,29 euros y en la marquesina 8.393,03 euros.

En la huida los acusados, en particular Alexander abandonó la capucha empleada, consistente en el manga de un jersey a la que se habían practicado tres agujeros, dos para los ojos y uno para la boca.

Esta prenda fue recogida por los agentes de la "Ertzaintza" con números de carnets profesionales NUM001 y NUM002, al efectuar el acta de inspección ocular del lugar del hecho y de las proximidades.

En esa prenda se han encontrado restos biológicos que pertenecen a Alexander.

Alexander y sus tres compañeros actuaron de la forma descrita persiguiendo con ello suprimir la pacífica convivencia entre las personas, protegida constitucionalmente, en la localidad de Berango, causando terror entre sus habitantes."

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- 1) QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS libremente a Simón de los delitos de los que le acusaba el Ministerio Fiscal.

2) Que debemos condenar y condenamos al acusado Alexander como autor responsable de los delitos que se dirán, a las penas que se especificarán:

1. Por un delito de daños terroristas, previsto y penado en los artículos 263, 264.1.4º, 266.1 y 2 y 577 del código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz del art. 22 nº 2 del mismo cuerpo legal, a la pena de cinco años de prisión y multa de 24 meses, con cuota diaria de 10 euros.
2. Por un delito de coacciones de carácter terrorista, tipificado en los arts. 172 y 577 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante de disfraz, del art. 22 nº 2 del mismo código, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN.

De conformidad con lo establecido en el art. 579.2 del Código Penal, imponemos a Alexander la pena de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la duración de las penas privativas de libertad y durante 6 años más.

El condenado habrá de hacer efectivas las cantidades que se expresan a las personas y entidades que se detallan:

- Al conductor del autobús nº NUM000, en 163,48 euros.
- A la empresa Eusko Tren en 450,70 euros por la recaudación y en 168.129,29 euros por el autobús.
- A la Diputación de Vizcaya en 8.393,03 euros por los daños en la marquesina.

Notifíquese a los acusados, a su representación procesal y al Ministerio Fiscal, indicándose que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente resolución."

3.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado D. Alexander, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y



resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Alexander, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 18.1 y 24.2 de la CE, en relación con el art. 11.1 LOPJ. Segundo.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 18.4 de la CE. Tercero.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 CE, derecho a un juicio con todas las garantías. Cuarto.- Por la vía del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, presunción de inocencia. Quinto.- Infracción de ley, con base en el nº 1 del art. 849 LECr, denuncia infringidos los arts. 577, 264.4, 172 y 77 CP.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista pública cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento se celebró la vista el día 19 de abril del año 2004, con la asistencia del Letrado recurrente D. Alfonso Zenón Castro quien en defensa de Alexander informó, y del Ministerio Fiscal que impugnó el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Planteamiento. La sentencia recurrida, además de absolver a otro acusado, condenó al joven D. Alexander como autor de dos delitos, uno de coacciones y otro de daños, ambos cometidos con finalidad terrorista, por el incendio de un autobús en la localidad vizcaína de Berango, con intervención del acusado y tres encapuchados más no identificados que rociaron de un líquido inflamable el mencionado vehículo tras obligar a su conductor a abandonarlo, cuando tal vehículo se encontraba detenido bajo una marquesina que también resulto destruida por el fuego, hechos ocurridos sobre las 23 horas y 20 minutos del día 3 de noviembre de 2001.

En su huida uno de los cuatro encapuchados arrojó un trozo de manga de un jersey amarillo con tres orificios, para ambos ojos y boca, con el que hasta ese momento había cubierto su rostro, objeto que encontró la policía y respecto del cual se practicó una prueba de ADN.

Meses después, en abril de 2002, resultaron detenidas varias personas implicadas en la llamada "kale borroka", entre ellas el ahora enjuiciado Alexander. Aprovechando su privación de libertad en un lugar que no aparece precisado, un policía vasco, de la celda correspondiente, con un hisopo, recogió restos biológicos de un escupitajo perteneciente a la persona que allí se encontraba recluida, de modo que llegaron a la Unidad de Policía Científica de la Ertzaintza, sección de Genética Forense, que los analizó dando como resultado un ADN coincidente con el que antes se había obtenido del trozo de manga de jersey al que acabamos de referirnos.

Mediante esta prueba pericial, que llegó al juicio oral a través de las declaraciones de los dos funcionarios que las habían efectuado junto con las manifestaciones de varios policías que allí acudieron como testigos, uno el que había recogido esos restos biológicos y otros cuatro que habían intervenido en el hallazgo de la citada manga del jersey, la sentencia recurrida (págs. 12 y 13) estimó acreditada la participación en estos hechos del referido Alexander : constituye la prueba de cargo esencial contra este joven.

Dicho condenado recurre ahora en casación por medio de cinco motivos de los que hemos de estimar el 4º, relativo a la presunción de inocencia, con el consiguiente pronunciamiento absolutorio, lo que nos excusa del examen de los otros cuatro.



SEGUNDO

Veamos ahora qué papel corresponde a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando en un recurso de casación se alega la infracción de este derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ante todo hemos de resaltar aquí la obligación de cada juzgado o tribunal de expresar en su resolución condenatoria la prueba de que se vale como respaldo de los hechos probados que ha de fijar como base de sus pronunciamientos. Ha de existir en estas sentencias una motivación fáctica. Si no existe, hay infracción del art. 120.3 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva, así como también del relativo a la presunción de inocencia. El respeto a la presunción de inocencia exige como premisa fundamental tal motivación, a no ser, lo que es raro en la jurisdicción penal cuando se trata de delitos importantes, que no se haya discutido la materia de la prueba y la defensa haya aceptado los hechos por los que se acusa, quedando reducido el debate exclusivamente a temas de calificación jurídica o aplicación de la norma.

Si tal motivación existe, y afortunadamente ya es esto la regla general en el funcionamiento de nuestros tribunales penales, esta sala del Tribunal Supremo, en casación, de modo similar a lo que ha de hacer el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo relativos a esta misma cuestión de la presunción de inocencia, se ve obligada a realizar un examen profundo de lo que respecto al análisis de la prueba nos dice la sentencia recurrida, para realizar una triple comprobación:

- 1ª. Comprobación de que la prueba utilizada para condenar existe en las actuaciones procesales practicadas (prueba existente).
- 2ª. Comprobación de que esa prueba de cargo ha sido obtenida y aportada a tales actuaciones con observancia de las garantías constitucionales y de las normas procesales aplicables en cada caso y en cada medio de prueba (prueba lícita).
- 3ª. Comprobación de que esa prueba de cargo, lícitamente obtenida y aportada al proceso, ha de considerarse razonablemente suficiente como justificación de los correspondientes pronunciamientos condenatorios. Mínima prueba de cargo, nos decía el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias, a partir de la primera de todas, la 31/1981, de 28 de julio. Después se ha tornado a este otro concepto, sin duda más exigente y más adecuado a su propio contenido: una suficiencia de tal prueba para condenar, sometida al criterio de la racionalidad. Conceptos muy abiertos, pero necesarios para poder controlar la observancia de este derecho fundamental, el relativo a la presunción de inocencia, que es fundamental no sólo por venir consagrado en nuestra Constitución, sino por ser eje alrededor del cual giran las demás garantías procesales y, en definitiva, el funcionamiento de todo el procedimiento penal. Serán en cada caso las reglas de la sana crítica, o del sentido común, o de la experiencia, o como queramos llamar a este conjunto de criterios asequibles a las personas no profesionales del derecho, lo que hemos de tener en cuenta aquí, en estos recursos de casación, para apreciar si existió o no suficiencia en esas pruebas de cargo que la sentencia de instancia nos ha señalado como base de su pronunciamiento condenatorio.

TERCERO

1. La prueba pericial de ADN, de resultados tan espectaculares en los tiempos actuales en cuanto al importante problema de la determinación de la autoría en muchos procesos penales, ha carecido de regulación específica en nuestras leyes procesales hasta la reciente LO 15/2003 que en su disposición final primera modificó, entre otros artículos de la LECr, el 326 y 363, añadiéndoles sendos párrafos. Consiste, lo mismo que en otras pruebas de semejante naturaleza y finalidad (dictámenes caligráficos o sobre huellas dactilares), en la comparación entre una muestra dubitada- aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa-. Si ambas coinciden en sus resultados, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el



hecho criminal investigado. Aunque en un Estado de Derecho, como el que afortunadamente existe en España, tal prueba, como cualesquiera otras, han de haber sido obtenidas y aportadas al proceso con todas las garantías exigidas por nuestra Constitución y nuestras leyes procesales. Y esto hemos de comprobarlo nosotros, como ya ha quedado dicho, en este recurso de casación cuando, como aquí ocurrió en el motivo 4º del que estamos examinando, se alega infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ u 852 LECr) con referencia al art. 24.2 CE en su apartado relativo al derecho a la presunción de inocencia.

2. Veamos cómo en el caso presente quedaron incumplidas las mencionadas garantías en un momento tan importante como el de la toma de restos biológicos para constituir la llamada muestra indubitada.

Consta, por la declaración del policía que recogió con un hisopo los restos hallados en la celda que ocupaba Alexander, este dato esencial para esta prueba.

Podemos leer en el fundamento de derecho 2º de la sentencia de esta sala nº 510/1997, de 14 de abril, lo siguiente:

En efecto, hay una serie de normas en nuestra LECr que ordenan que sea el Juez de Instrucción o el que haga sus veces quien recoja los vestigios o pruebas materiales del delito (art. 326) o las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con dicho delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida (art. 334), mandando asimismo que ello se documente en las correspondientes actuaciones procesales (arts. 332 y 336), todo ello con el fin de acreditar la existencia del delito y de sus circunstancias, con validez primero como medio de investigación en la instrucción e incluso después como medio de prueba preconstituida para el juicio oral si aparece practicada con las garantías legalmente exigidas y se trata de extremos que no pueden tener reproducción en el juicio oral. Tal validez como prueba preconstituida sólo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia, es decir, cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de pérdida o sustracción u otra razón que no permita acudir al Juez para que éste actúe.

La intervención de la competente Autoridad Judicial, en principio y por regla general, es obligada en estos casos, no pudiendo ser sustituida por la actuación policial, salvo que existan las mencionadas razones de urgencia.

En este punto nos dice la STC 303/1993 (Fundamento de Derecho 4º): "pero que la Policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de la prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano, la Policía judicial actúa en tales diligencias "a prevención de la Autoridad judicial " (art. 284).

Una vez desaparecidas tales razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 de la CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena". Luego, en el Fundamento de Derecho 5º aplica esta doctrina al caso y añade: "desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculcados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial". Se refiere a la intervención de diez bolsas de hachís en el interior de un vehículo aprehendido "dos días antes" por la Guardia Civil, en la que no concurrió la referida nota de urgencia.

Las normas procesales antes referidas imponen al juez la obligación de actuar personalmente



en la recogida de esta clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obliga que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes citadas y que en el caso presente no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario público (arts. 281 y 473 LOPJ) confiere autenticidad documental.

No podemos olvidar, además, que en la práctica de estas pruebas de ADN, tiene particular relieve la toma de la muestra indubitada, de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba, y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada. Como ocurre con los cuerpos de escritura que se hacen para la práctica de una prueba pericial caligráfica, los cuales han de realizarse a presencia judicial.

Además, en el caso presente ni siquiera consta en las actuaciones diligencias o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica luego utilizada como indubitada para compararla con la obtenida del examen de los restos sacados de la tan repetida manga del jersey. Ya hemos dicho cómo los extremos relativos a este tema de muestra indubitada, así como su envío al órgano policial especializado que practicó la pericial de ADN, sólo aparecen acreditados por la declaración del funcionario que acudió como testigo al juicio oral.

Así pues, en el caso presente no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Alexander. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron.

En conclusión, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la hora de comprobar la ilicitud de la prueba de cargo existente, ha detectado tal vicio procesal: una condena con esta prueba vulneró el derecho del acusado a la presunción de su inocencia.

CUARTO

1. Con lo expuesto no termina lo que esta sala tiene que decir en este asunto.

Vamos a situarnos en la hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica en la celda que venía ocupando el acusado aquí recurrente.

Incluso en tal hipótesis nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Y ello era necesario.

2. Lo es en el momento actual, sin duda alguna, tras la modificación procesal introducida por la disposición final primera de la Ley 15/2003, que entre otras normas de la LECr, añadió dos párrafos, uno a cada uno de los arts. 326 y 363.

El primero de estos dos párrafos (326) se refiere a las medidas que el Juez de Instrucción ha de adoptar para que la recogida, custodia y examen de restos biológicos se verifiquen en las debidas condiciones, "sin perjuicio de lo establecido en el art. 282", que es el que confiere a la mencionada Policía Judicial la facultad y el deber de actuar en la recogida de muestras de cuya desaparición pudiera haber peligro, tema al que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior.



Pero el que aquí nos interesa es el otro párrafo añadido por tal LO 15/2003, el introducido en el artículo 363 que dice literalmente así:

"Siempre que concurran 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".

Nos interesa aquí esta norma para poner de relieve que es preceptiva la intervención judicial a través de una resolución motivada (auto) para ordenar la obtención de las muestras biológicas del sospechoso a fin de conocer su ADN cuando ello sea necesario para la investigación criminal por delitos graves (proporcionalidad); lo que constituye el primer paso que ha de darse en la práctica de la prueba pericial, tras haber conocido antes algún vestigio en el lugar del delito con restos de los que poder obtener su ADN.

Por supuesto que esta ley es anterior a los hechos aquí examinados y, por ello, en modo alguno pudo aplicarse al presente caso.

3. Pero tal resolución judicial autorizante de la prueba pericial que estamos examinando, también era necesaria antes de tal LO 15/2003.

En efecto, el párrafo I de ese art. 363, que sí estaba en vigor en aquella época, ya nos decía:

"Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia"

Y esta norma sí era aplicable a los hechos ahora enjuiciados, la cual manda que sea la autoridad judicial la que ordene la práctica de cualquier análisis químico y ello con unas facultades singularmente restrictivas al decir "únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables".

Entendemos que en esa amplia expresión "análisis químicos" estaban incluidas las diligencias periciales para determinación de ADN a las que nos estamos refiriendo.

Por tanto, es claro, a nuestro juicio, que en el caso presente, al haber faltado esa resolución judicial que ordenara la práctica de la mencionada pericial, hubo un defecto de orden procesal que convierte en prueba ilícitamente obtenida la de ADN con que se condenó a Alexander.

Además, hubo una clara indefensión para la parte luego acusada que, al no haber participado en tal diligencia (art. 333 LECr y otros), no pudo conocer las circunstancias concretas de la recogida de restos que podrían haberle servido para proponer pruebas o alegar al respecto en su momento.

QUINTO

1. Pero con lo antes expuesto tampoco ha de terminar la argumentación sobre esta prueba de cargo, esencial, como ya se ha dicho para condenar al mencionado joven.

Consideramos que tal prueba de cargo no fue razonablemente suficiente como justificación del pronunciamiento aquí impugnado.

Esta prueba pericial se apoya en una testifical, sin la cual no habría quedado identificada la muestra examinada como indubitada del sospechoso Alexander. Nos referimos a la declaración hecha en el juicio



oral por parte del policía que recogió la muestra referida del suelo de la celda. Se trata del segundo testigo que declaró en la primera sesión del plenario. Nos dice que en su calidad de instructor pericial actuó en la mencionada recogida en la celda que ocupaba el ahora recurrente, recogida relativa a lo que se denominó evidencia nº 2 que se envió a la policía científica, concretando que lo hizo con un hisopo que introdujo en una bolsa de plástico para tal envío, y que en ningún momento forzó a Alexander para que escupiera.

2. Extraña mucho a esta sala que nada conste por escrito en las presentes actuaciones en relación con la mencionada recogida, circunstancia que ya se puso de manifiesto en el acto del juicio oral cuando, al final de la declaración de este testigo, consta que la secretaria que redacta el acta comprueba que en el atestado no hay diligencia de recogida.

En el tomo II de las actuaciones, en su inicio, aparece la copia testimoniada que envió el Juzgado Central de Instrucción nº 4 al de la misma clase nº 3 que es el que conocía de estas actuaciones. El nº 4 recibió el original del atestado policial y luego remitió fotocopia testimoniada para cada una de las muchas diligencias que se estaban tramitando en la Audiencia Nacional sobre los hechos que podían quedar esclarecidos por tal actuación policial.

En tal tomo II, a los folios 249 y ss. aparecen las páginas 114 a 154 del atestado que son las referidas a la persona de Alexander, que resultó detenido el 24.10.02, pocos meses después del incendio del autobús aquí examinado. Pues bien, en tales páginas no consta nada relativo a la citada recogida.

Esto constituye una anomalía, ciertamente, habida cuenta de que el art. 292 de la LECr nos dice así:

Los funcionarios de policía judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.

No consta tampoco que concurriera alguna causa de fuerza mayor que impidiera a la policía cumplir con tan estricta obligación de consignar por escrito lo actuado en sus diligencias.

3. Conviene añadir aquí una referencia a otra anomalía que hemos observado al examinar el referido atestado unido al inicio del tomo II de las diligencias previas.

En la misma operación policial fueron detenidas varias personas. A cuatro de tales detenidos se les preguntó si accedían a que se les tomara muestra biológica para práctica de ADN: tres se opusieron (páginas 52, 180 y 197), otro accedió (pág. 111); respecto de Alexander nada consta al respecto, posiblemente porque ya se había obtenido del suelo de su celda la muestra con la que luego se practicó la pericial a la que nos venimos refiriendo. Tampoco aparece nada al folio 316 citado por la defensa del recurrente en el acto de la vista del presente recurso.

4. Así las cosas, nuestra conclusión es que nos hallamos, como ya hemos anticipado, ante una prueba de cargo que no es razonablemente suficiente para acreditar que efectivamente la recogida del resto biológico del suelo de la celda ocupada por Alexander ocurrió de la forma dicha por el mencionado testigo.

Se trata de un solo testigo cuya declaración, es cierto, ha de valorarla el tribunal de instancia, valoración que ordinariamente, no siempre, ha de prevalecer. Y decimos que no siempre ha de prevalecer porque, como se expuso en el fundamento de derecho 3º de esta misma resolución, ha de existir una razonabilidad en la argumentación de la prueba de cargo que ha de exponer la propia sentencia condenatoria.

En el caso presente un hecho tan esencial en el mecanismo de la prueba pericial de ADN, como lo es el



que la muestra indubitada se haya tomado efectivamente, y sin duda alguna -no olvidemos el ejemplar ya expuesto antes, de la prueba pericial caligráfica, en la que los cuerpos de escritura que ha de hacer el procesado o imputado se han de realizar a presencia judicial-, de una sustancia realmente procedente del cuerpo del sospechoso; un hecho tan esencial, repetimos, se tiene por probado en la sentencia recurrida por la mera declaración de un testigo, pese a que en el atestado correspondiente no hay mención alguna de tal recogida, con incumplimiento evidente de lo dispuesto en el citado art. 292 LECr, defecto reiteradamente denunciado en la instancia, incluso en el propio acto del juicio oral según consta en el acta correspondiente que tiene la virtud de haber recogido el contenido de los informes finales del Ministerio Fiscal y de las defensas de los acusados.

Por todo lo expuesto hemos de concluir que con la condena de Alexander se violó su derecho a la presunción de inocencia.

Hay que estimar este motivo 4º del presente recurso de casación.

III. FALLO

HA LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por D. Alexander, por estimación de su motivo cuarto relativo a infracción de precepto constitucional (derecho a la presunción de inocencia), y por ello anulamos la sentencia que le condenó por los delitos de coacciones y daños terroristas, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con fecha doce de abril de dos mil cuatro, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Dada la situación de privación de libertad de dicho condenado, comuníquese por fax a la mencionada Audiencia Nacional el contenido del presente fallo. En su día se devolverá la causa con la certificación de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García Juan Saavedra Ruiz José Ramón Soriano Soriano

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Abril de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado Central de Instrucción número 3, con el núm. 370/2001 y seguida ante la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que ha dictado sentencia condenatoria por los delitos de coacciones y estragos contra los acusados D. Alexander y D. Simón, sentencia que ha sido anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, integrada por los anotados al margen, siendo ponente D. Joaquín Delgado García. Se tienen aquí por reproducidos todos los datos de dichos acusados que aparecen en el encabezamiento de la sentencia recurrida.

Los de la sentencia recurrida y anulada, incluso su relato de hechos probados, de los que ha de eliminarse toda referencia a la persona de Alexander, cuya participación en el suceso allí descrito no ha sido debidamente acreditada.

PRIMERO

Hemos de absolver al acusado Alexander, porque no ha quedado probada su participación en los hechos objeto de este procedimiento, tal y como se ha razonado en la anterior sentencia de casación.



SEGUNDO

Esta absolución ha de llevar consigo la declaración de oficio de las costas devengadas en la instancia, por lo dispuesto en los arts. 123 CP y 234 y ss. LECr.

TERCERO

Lo dicho en los fundamentos de derecho 2º, 3º y 7º de la sentencia de la Audiencia Nacional, particularmente este último en el que se razona sobre la absolución del otro acusado D. Simón .

CUARTO

Al ser totalmente absolutoria en definitiva la presente resolución, procede declarar de oficio las costas de la instancia, por lo dispuesto en los arts. 123 CP y 239 y ss. LECr.

ABSOLVEMOS a los dos acusados en el presente procedimiento, D. Alexander y D. Simón , de los delitos de daños y coacciones terroristas por los que se les ha acusado, dejando sin efecto cuantas medidas se hayan acordado contra ellos en el presente procedimiento y declarando de oficio las costas de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García Juan Saavedra Ruiz José Ramón Soriano Soriano

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