



Roj: **STS 173/2024 - ECLI:ES:TS:2024:173**

Id Cendoj: **28079120012024100033**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2024**

Nº de Recurso: **10779/2023**

Nº de Resolución: **54/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Cáceres, Sección 2ª, 06-03-2023 (rec. 5/2023),
STSJ EXT 533/2023,
STS 173/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 54/2024

Fecha de sentencia: 18/01/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10779/2023 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/01/2024

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

Procedencia: T.S.J.EXTREMADURA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: AGA

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **10779/2023 P**

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 54/2024

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Susana Polo García



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 18 de enero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **10779/2023**-P, interpuesto por las representaciones procesales de D^a. Angelica , y por D. Javier , representados ambos por la procuradora D^a. Rocío Crespo Sánchez, bajo la dirección letrada de D^a. Silvia Córdoba Moreno, contra Sentencia nº 7/2023, de fecha 11 de mayo de 2023, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación penal nº 14/2023, por delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público.

Ha sido parte recurrida **Reale Seguros Generales S.A.**, representado por el procurador D. Enrique Mayordomo Gutiérrez.

Interviene el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Cáceres, instruyó las Diligencias Previas nº 485/2021, por delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público, contra Angelica , y Javier , y una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda, Audiencia Provincial de Cáceres, para su enjuiciamiento en el Procedimiento Abreviado nº 5/2023, cuya Sección dictó sentencia nº 44/2023, en fecha 6 de marzo de 2023, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Los acusados Javier , mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencias firmes de 4 de abril de 2021, como autor de un delito leve de hurto; 17 de noviembre de 2020, como autor de un delito leve de hurto; 16 de enero de 2020, como autor de un delito de hurto en grado tentativa a la pena de 4 meses y 15 días de prisión; 13 de noviembre de 2017, como autor de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia doméstica; 9 de abril de 2017, como autor de un delito de hurto en grado de tentativa, a la pena de 100 días de prisión y otras anteriores susceptibles de cancelación y Angelica , mayor de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y con la finalidad de obtener un beneficio ilícito, se alojó la mujer en el hotel Atrio de Cáceres el día 26 de octubre de 2021, lugar que conocían por haber estado previamente planificando el hecho que luego se dirá los días 1 de junio, 13 de junio y 12 de agosto de 2021.

La reserva fue realizada únicamente por la mujer utilizando un pasaporte suizo con número NUM000 a nombre de una inexistente Brigida , en el que se había colocado una fotografía de Angelica , registrándose en el hotel firmando tres documentos de registro en los que imitó la firma Brigida del pasaporte y portando únicamente una mochila que al ser cogida en un descuido de Angelica por un empleado observó que no tenía peso alguno.

Posteriormente, se presentó el varón para cenar y alojarse, sin registrarse, en el hotel. Tras cenar en el restaurante sito en el mismo, realizaron una visita guiada a la bodega. Sobre las 00:20 horas subieron a su habitación, la NUM001 . En ejecución de un plan urdido entre ambos acusados, sobre las 2:10 horas del siguiente día 27 de octubre, la acusada Angelica llamó a recepción, pidiendo una ensalada e interesándose repetidamente por el tiempo que tardaría en ser servida al único empleado que se encontraba en ese momento en el hotel-restaurante. El empleado de recepción, tras negarse a realizar la comanda, manifestándole que se encontraba solo y la cocina cerrada y extrañado por la solicitud, dado que habían cenado un menú degustación de 14 platos, ante la insistencia de Angelica accedió a la petición, indicando que tardaría por lo menos unos 20 minutos en servir lo solicitado. El empleado se dirigió a la cocina, momento aprovechado por el acusado Javier , quien se presentó en la recepción donde cogió una llave electrónica con la que acudió a la bodega, no teniendo éxito en su apertura por no tratarse de la llave adecuada. El empleado, tras subir la ensalada, regresó a recepción. Javier desde la puerta de la bodega hizo una llamada a Angelica para que volviera a entretener al recepcionista.

De esta forma, momentos después, la acusada reiteró la llamada a recepción, en esta ocasión, para solicitar un postre, a lo que nuevamente el empleado puso reparos, accediendo finalmente a llevarle algo de fruta. Javier volvió a la recepción y de una caja cogió la llave maestra número NUM002 , abriendo con ella la bodega, accediendo a la sala de catas donde se apoderó de botellas de vino valoradas en UN MILLON, SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL, QUINIENTOS EUROS (1.648.500) que guardó en una mochila y dos bolsos de gran tamaño subiendo inmediatamente a la habitación antes del regreso del empleado a la recepción.

Concretamente, se apoderaron de las siguientes botellas de vino:

-1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1806 VALORADA EN 350.000 €

-1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1883 VALORADA EN 45.000 €.



- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1990.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1991.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1992.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1993.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1996.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1997.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1998.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1999.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2000.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2001.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2002.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2003.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2009.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2012.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 1998 MAGNUM.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2000 MAGNUM.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2002 MAGNUM.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2003 MAGNUM.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA REMANEE-CONTI GRAND CRU 2005 MAGNUM.
- 1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1884 VALORADA EN 45.000 €
- 1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1891 VALORADA EN 35.000 €.
- 1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU DYQUEM 1899 VALORADA EN 34.000 €.
- 1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1900 VALORADA EN 33.000 €.
- 1 BOTELLA, DE LA MARCA CHATEAU D'YQUEM 1901.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA LA TACHE MAGNUN 1996.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA LA TACHE MAGNUN 1997.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA LA TACHE MAGNUN 1990.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA RECHEBOUR MAGNUN 1999.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1987.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1988.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1989.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1991.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1993.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1996.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1997.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1998.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 1999.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 2000.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 2001.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET GRAND CRU 2005.
- 1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET 2009.

-1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET 2010.

-1 BOTELLA DE LA MARCA MONTRACHET 2011.

Todas las botellas se encontraban a disposición de los usuarios del restaurante en la carta de vinos por el precio total que se indica anteriormente.

Los acusados abandonaron precipitadamente el hotel sobre las 5:00 horas cargando el varón la mochila a la espalda y los dos bolsos con las botellas, en las que había introducido cuatro toallas del baño de la habitación del hotel para evitar que tintinearan entre ellas, subiéndose a un vehículo Mercedes A-180 de color rojo, matrícula LCZ utilizado por el acusado al menos desde el 26 de abril de 2021 y controlado por las cámaras de tráfico a las 6:41 horas del 27 de octubre en el punto kilométrico 218,75 de la autovía A-5 sentido Madrid.

Los propietarios, Pablo Jesús y Adriano reclaman la restitución de las botellas.

La entidad San Mateo Hotel, SL, propietaria de Atrio tenía concertada póliza de seguro con cobertura de robo con REALE SEGUROS GENERALES, SA, y en virtud de la misma, se abonó la cantidad de 753.454,46 € a la empresa propietaria."

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

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Javier y Angelica como autores responsables de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público de especial gravedad ya definido, a las penas, Javier de CUATRO AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN y Angelica, de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria legal en ambos casos de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con imposición de las costas por mitad, incluidas las del actor civil.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a SETECIENTOS CINCUENTA y TRES MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA y CUATRO euros y CUARENTA y SEIS céntimos (753.454,46 €), con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a intereses.

Le será de abono a los condenados todo el tiempo que permanecen privados de libertad por esta causa, si no fuera de abono en otra.

Esta sentencia no es firme y contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, por medio de escrito firmado por abogado y procurador, dentro de los diez días siguientes a la notificación."

TERCERO.- La Sección Segunda Audiencia Provincial de Cáceres, con fecha 14 de marzo de 2023, dictó auto de aclaración con los siguientes Antecedentes de Hecho y Parte Dispositiva:

-ANTECEDENTES-

"PRIMERO.- Por esta Sala se dictó el día seis de marzo pasado sentencia en las presentes actuaciones cuya parte dispositiva dice:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Javier y Angelica como autores responsables de un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público de especial gravedad ya definido, a las penas, Javier de CUATRO AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN y Angelica, de CUATRO AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria legal en ambos casos de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con imposición de las costas por mitad, incluidas las del actor civil.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a SETECIENTOS CINCUENTA y TRES MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA y CUATRO euros y CUARENTA y SEIS céntimos (753.454,46 €), con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a intereses.

Le será de abono a los condenados todo el tiempo que permanecen privados de libertad por esta causa, si no fuera de abono en otra".

SEGUNDO.- Por el procurador don Enrique Mayordomo Gutiérrez en representación de la entidad REALE, SEGUROS GENERALES, SA se ha presentado escrito de aclaración de la mencionada resolución en cuanto a la omisión del nombre de la perjudicada en el fallo de la sentencia."

-PARTE DISPOSITIVA-

"SE ACLARA EL FALLO de la sentencia dictada en la presente causa debiendo decir:

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a REALE, SEGUROS GENERALES, SA en la cantidad de SETECIENTOS CINCUENTA y TRES MIL, CUATROCIENTOS CINCUENTA y CUATRO euros y



CUARENTA y SEIS céntimos (753.454,46 €), con aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a intereses.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno."

CUARTO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Angelica , y Javier , dictándose sentencia nº 7/2023, por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en fecha 11 de mayo de 2023, en procedimiento de Apelación penal nº 14/2023, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se aceptan los de la sentencia de instancia que se dan por reproducidos."

QUINTO.- La Sala de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la procuradora Doña Rocío Crespo Sánchez, en nombre y representación de Javier y Angelica contra la sentencia N.º44/23, de fecha 6 de marzo de 2023, dictada por la Audiencia Provincial de CÁCERES, Sección Segunda, CONFIRMANDO íntegramente dicha resolución, con imposición de las costas causadas en esta alzada a los recurrentes, incluidas las de la acusación particular.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes del procedimiento, y asimismo notifíquese personalmente al condenado-apelante, librándose para ello los despachos correspondientes, haciéndoles saber que cabe recurso de CASACIÓN ante la sala Segunda del Tribunal Supremo, que se preparará en caso, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, ante esta Sala, dentro de los 5 días siguientes al de la última notificación.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este tribunal, dentro de los dos días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución."

SEXTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon los recursos de casación por las representaciones legales de los condenados, Angelica , y Javier , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

SÉPTIMO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones procesales de los recurrentes formalizaron los recursos, alegando los siguientes **motivos de casación**:

Angelica

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en concreto, por vulneración de los artículos 24. 2 y 17 de la Constitución Española, donde se garantiza el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la libertad.

Motivo Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en concreto, por vulneración de los artículos 24.1, 24. 2, 18.1, 18.3 y 18.4 de la Constitución Española, del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un proceso con las debidas garantías, del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de datos informáticos.

Motivo Tercero.- Por error en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, designando a tales efectos el informe pericial de 22 de febrero de 2022 elaborado por D. Conrado , perito tasador de la compañía aseguradora REALE SEGUROS, aportado por el actor civil relativo al valor de las botellas presuntamente sustraídas de forma extemporánea en el trámite de cuestiones previas del juicio oral, sesión de 15 de febrero de 2023 y que fue impugnado en ese momento por parte de la defensa.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos 237, 238.4º, 239.2, 241.1 y 4 del Código Penal, toda vez que esta parte entiende que no ha sido acreditado en modo alguno el delito de robo con fuerza en las cosas por parte de su defendido por el que ha resultado condenada.



Motivo Quinto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incorrecta aplicación de los artículos 66 y 68 del Código Penal. Falta de proporcionalidad de la pena impuesta.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 123 del Código Penal.

Javier

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en concreto, por vulneración de los artículos 24. 2 y 17 de la Constitución Española, donde se garantiza el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la libertad.

Motivo Segundo.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en concreto, por vulneración de los artículos 24.1, 24. 2, 18.1, 18.3 y 18.4 de la Constitución Española, del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un proceso con las debidas garantías, del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad de datos informáticos.

Motivo Tercero.- Por error en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, designando a tales efectos el informe pericial de 22 de febrero de 2022 elaborado por D. Conrado , perito tasador de la compañía aseguradora REALE SEGUROS, aportado por el actor civil relativo al valor de las botellas presuntamente sustraídas de forma extemporánea en el trámite de cuestiones previas del juicio oral, sesión de 15 de febrero de 2023 y que fue impugnado en ese momento por parte de la defensa.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos 237, 238.4º, 239.2, 241.1 y 4 del Código Penal, toda vez que esta parte entiende que no ha sido acreditado en modo alguno el delito de robo con fuerza en las cosas por parte de su defendido por el que ha resultado condenada.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incorrecta aplicación de los artículos 66 y 68 del Código Penal. Falta de proporcionalidad de la pena impuesta.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 123 del Código Penal.

OCTAVO.- Conferido traslado para instrucción, la parte recurrida, **Reale Seguros Generales S.A.**, solicito su inadmisión y, subsidiariamente, de admitirse, su impugnación de los motivos formalizados por los recurrentes.

El **Ministerio Fiscal**, por su parte, solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los motivos de los recursos interpuestos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de enero de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Las representaciones de los condenados Javier y Angelica formulan recurso contra la sentencia de 11 de mayo de 2023, con cinco motivos cada uno, no obstante, las quejas de ambos recurrentes son totalmente coincidentes, tanto en su enunciado como en su contenido argumental, por lo que las analizaremos de forma conjunta, si bien, alterando el orden de las mismos, comenzando por el segundo de los motivos planteados, dados los posibles efectos anulatorios de la prueba que en los mismos se pretende.

PRIMERO.- 1.1. En el segundo motivo se alega infracción de precepto constitucional, al amparo de lo previsto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder judicial, por vulneración del derecho constitucional a ser informados de la acusación formulada contra el acusado y de los cambios relevantes en los hechos, con infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el extracto del motivo se indica que, en la presente causa, el principal sustento probatorio se encuentra en información obtenida con vulneración de derechos fundamentales, razón por la cual la defensa interesó la nulidad del procedimiento en el juicio oral. No obstante, el Tribunal sentenciador dio por válidas todas las pruebas practicadas por la Policía, así como las resoluciones judiciales en cuya práctica se amparaban



aquellas, a pesar de que algunas de estas resoluciones adolecieran de los requisitos legalmente establecidos, entre otros, por falta de motivación suficiente y de proporcionalidad.

Se interesa la nulidad del procedimiento por vulneración de derechos fundamentales, ya que estamos ante una investigación con diligencias desproporcionadas y prospectivas desde su inicio.

Así el primer oficio policial de 28 de octubre de 2021 (acontecimiento nº 3) por el que se solicitaba a la Juez Instructora la primera diligencia de investigación, consistente en que se librarán con carácter urgente por parte del órgano judicial mandamiento de tráfico BTS, adolecía de la debida y suficiente motivación, así como el auto de 29 de octubre que autorizó semejante y desproporcionada diligencia de investigación que dio pie a analizar el cruce de antenas de miles de líneas de llamadas y abonados, que adolecía de motivación. Además, no se aportó a la causa ningún CD ni DVD con ese tráfico BTS de esas antenas, así lo declaró en el juicio el agente NUM003, que previamente solo se hicieron entrevistas con los empleados y visionado de grabaciones, que todo lo conocieron para la identificación de los autores de las respuestas de las compañías telefónicas (SITEL). No están aportados los tráficos de llamadas de las compañías telefónicas de los teléfonos investigados, NUM004 y NUM005 ni constan los oficios de remisión de tales respuestas. Solo se han aportado respuestas parciales, pantallazos de los oficios policiales. Tampoco se motivó suficientemente ni el oficio de 2 de diciembre de 2021 y el auto habilitante de 11 de enero de 2011, las peticiones que se hacen al amparo del art. 588 ter letra j) de la LECrim, afectan, sin duda al derecho a la intimidad.

A continuación, se analiza por el recurrente la prueba a la que le afecta la nulidad interesada del auto de 29 de octubre de 2021, por conexión de antijuricidad. La policía solo ha aportado recortes o pantallazos, pero no pruebas anexas a los oficios y atestados, así como la nulidad que deriva de la infracción de la cadena de custodia del terminal móvil intervenido en Croacia al acusado y como se produjo su volcado y extracción de datos, al igual que la huella digital o código hash que garantiza la mismidad de una evidencia informática, no hay acta de fedatario público del volcado y extracción de datos, por lo que se desconoce como llevó a cabo el mismo, no se han aportado evidencias de ese volcado.

1.2. Con respecto a almacenamiento masivo de datos de tráfico y localización, en nuestra sentencia 727/2020, de 23 marzo, hemos dicho que el TJUE viene dictando en los últimos años un conjunto de sentencias que se refieren a la conservación de datos para la prevención de delitos, las resume y analiza, afirmando la compatibilidad de la normativa española de transposición de las directivas comunitarias - Ley 25/2007-, y se afirma que: "La doctrina del TJUE nos pone en la tesitura de determinar si la legislación española sobre conservación de datos es respetuosa con el derecho de la Unión.

A este fin debemos hacer una primera observación. El hecho de que se haya declarado la invalidez de la Directiva 2006/24/CE no significa que las leyes nacionales de trasposición que la desarrollaron en cada país sigan la misma suerte.

Una Directiva es un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales pero que admite márgenes de discrecionalidad. Tan es así que en relación con la conservación de datos las legislaciones de cada Estado miembro evidencian notorias diferencias. De ahí, que una vez vigente la norma nacional, si es respetuosa con el derecho de la Unión, tiene autonomía respecto de la Directiva que justifica su nacimiento y sólo puede ser derogada por una norma posterior. Ciertamente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión son vinculantes, pero en lo que atañe a este caso, las sentencias que se acaban de citar no conllevan de forma ineludible la nulidad de la Ley 25/2007, sino que obligan a analizar si el régimen de conservación de datos en España, cuya regulación no se limita a la ley citada, es conforme con el derecho de la Unión.

Resulta obligada una segunda observación. En este momento la Unión Europea, una vez anulada la Directiva 2006/24/CE, carece de un instrumento de armonización de las legislaciones nacionales. La ausencia de una norma comunitaria obliga a centrar la atención en la doctrina del TJUE y no podemos dejar de destacar que cada nueva sentencia del alto tribunal, tal y como hemos tratado de resumir anteriormente, añade matices, establece excepciones, diseña nuevos requisitos y modulaciones, estableciendo doctrinas que adicionan y acumulan conceptos normativos que acrecientan su complejidad jurídica. Y tan es así que el propio TJUE en buena medida ha desplazado el problema de la licitud de la norma a la validez probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por exigencias de las normativas nacionales, lo que, a nuestro juicio, evidencia que el alto tribunal es consciente de la complejidad de la situación creada como consecuencia de su propia doctrina y, sobre todo, de la ausencia de un marco normativo que dote de la necesaria seguridad jurídica a esta compleja materia.

Según venimos comentando, en España esta materia se regula por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuyo objeto declarado en la Exposición de Motivos, se promulgó con la finalidad de trasponer al derecho interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo.



Esta Ley ha sido confirmada en su vigencia por dos leyes posteriores: La Ley 9/2014, de 9 de marzo, General de las Telecomunicaciones, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en sus respectivos artículos 42 y 52 remiten a la Ley 25/2007 en todo lo concerniente a la conservación y de cesión de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Legislador no sólo no ha dudado de la legalidad de la ley de referencia sino que la ha confirmado expresamente en las dos leyes posteriores, precisamente las leyes que han establecido la regulación básica en este ámbito normativo.

La anulación de la Directiva 2006/24/CE nos podría llevar a considerar nula la ley española de desarrollo pero semejante automatismo no es admisible. La Directiva en cuestión no fue anulada por un único motivo. El TJUE realizó un profundo análisis de conjunto y detectó deficiencias diversas o ausencia de controles también diversos que conferirían a la norma comunitaria una laxitud que daba como resultado la ausencia de protección suficiente de los derechos fundamentales afectados. La interacción de esas deficiencias es lo que motivó la declaración de nulidad.

Así, se analizaron factores como los siguientes: a) Afcción generalizada a todas las personas sin vinculación directa o indirecta a acciones penales; b) Ausencia de límites temporales o geográficos que vinculen la conservación con hechos delictivos concretos o que permitan contribuir a la prevención, detección o enjuiciamiento de delitos graves; c) Falta de precisión respecto de las personas que puedan tener acceso y posterior uso de los datos; d) Ausencia de criterios objetivos respecto al uso posterior de los datos a lo estrictamente necesario, sin supeditarlos a un previo control judicial o de un organismo autónomo independiente; e) Ausencia de criterios objetivos para que la cesión se limite estrictamente a fines de prevención y detección de delitos graves; f) Establecimiento de un plazo de conservación único sin distinción entre la categoría de datos; g) Falta de un alto nivel de protección y seguridad de los datos conservados, a través de medidas técnicas y organizativas, frente a abusos y accesos ilícitos y que garanticen la integridad y confidencialidad de los datos.

Si hacemos ese análisis en la normativa española se puede comprobar que gran parte de las deficiencias advertidas en la Directiva anulada no se producen en nuestro ordenamiento jurídico. Destacamos, a este respecto, las siguientes notas:

- (i) La ley española obliga a la conservación de datos de tráfico y localización durante un año y permite su cesión a las autoridades judiciales, si bien esa cesión está sujeta a estrictas garantías.
- (ii) Los prestadores de servicios obligados por ley a la conservación de datos no pueden realizar operación alguna de tratamiento, a salvo de la cesión singularizada que pueda recabar la autoridad judicial.

Esto es importante, porque la doctrina del TJUE ha tenido como finalidad esencial la protección de los derechos a la vida privada, a la protección de datos y a la libertad de expresión, hasta el punto de en sus sentencias se ha insistido en que los datos conservados "considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los medios sociales que frecuentan" (STJUE de la Gran Sala de 8 de abril de 2014- Caso Digital Rights- 27).

La Ley española no genera ese riesgo. Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías. Ciertamente la conservación de datos y la obligación de cesión es en sí "tratamiento de datos" y así lo ha reiterado el TJUE en varias de sus sentencias para afirmar la competencia del derecho comunitario sobre esta cuestión, pero no puede desconocerse que los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar. Los prestadores no pueden, por tanto, estructurar, seleccionar, divulgar, transmitir, combinar o utilizar para fines de investigación criminal esos datos.

(iii) Sólo cabe ceder los datos conservados para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en leyes especiales (artículo 1.1), precepto que antes debía ser integrado acudiendo a los artículos 13.1 y 33.1 CP y actualmente acudiendo al artículo 579.1 de la LECrim que sólo autoriza este tipo de injerencias en delitos castigados con al menos pena de prisión de 3 años, en delitos de terrorismo y en el delitos cometidos por grupos u organizaciones criminales.

(iv) Los datos que deben conservarse son los necesarios para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, el tipo de comunicación y el equipo de comunicación de los usuarios (artículo 3.1) pero en ningún caso se pueden conservar datos que revelen el contenido de la comunicación (artículo 3.2)



(v) Los datos sólo pueden ser cedidos previa autorización judicial (artículo 6.1) y la resolución judicial que autorice la cesión deberá ser motivada y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, especificando los datos que han de ser cedidos (artículo 7.2). Esta garantía es esencial y muchas de las legislaciones de los Estados de la Unión autorizaban la cesión a autoridades no judiciales.

(vi) La cesión se limita a su utilización en investigaciones penales por delitos graves (artículo 7) y no cabe la conservación o cesión para finalidades distintas de la investigación penal, como ha ocurrido en otras legislaciones, ni para la investigación de delitos de escasa entidad

(vii) Los datos sólo pueden ser cedidos a agentes especialmente facultados, señalando como tales a los miembros de los Cuerpos Fuerzas de Seguridad del Estado, Agentes de Vigilancia Aduanera y agentes del CNI) y deberán limitarse a la información imprescindible (artículo 6.2);

(viii) La ley impone a los sujetos obligados todo un conjunto de obligaciones para garantizar la integridad, seguridad, calidad y confidencialidad de los datos en el artículo 8 y establece un régimen de sanciones para caso de incumplimiento (artículo 11). Además, hay todo un desarrollo reglamentario que detalla las especificaciones técnicas en la forma de cesión de las operadoras a los agentes (Orden PRE/199/2013, de 29 de enero) que en todo caso ha de limitarse a lo estrictamente necesario. Y la ley española prevé un nivel de seguridad medio para este tipo de ficheros lo que garantiza la confidencialidad de los datos almacenados (artículo 81.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre sobre Reglamento de Protección de Datos).

(ix) La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha realizado una completa regulación de las intervenciones telefónicas y telemáticas, incluyendo en ellas el uso de los datos conservados por obligación legal (artículo 588 ter j), sujetando todas ellas a un estricto control judicial en su adopción y en su ejecución, con aplicación de los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Conviene destacar que el uso de los datos almacenados está sujeto a estrictas limitaciones que se contienen en los artículos 588 bis a) y siguientes de la LECrim, entre las que destacamos:

(i) La utilización de datos está sujeta al principio de especialidad, de forma que sólo podrá autorizarse cuando la injerencia esté relacionada con un delito concreto.

(ii) No pueden autorizarse injerencias prospectivas, es decir, que tengan por objeto prevenir o descubrir delitos de forma indiscriminada o sin base objetiva.

(iii) La injerencia debe definir su ámbito objetivo y subjetivo conforme al principio de idoneidad.

(iv) La injerencia está también sujeta a los principios de excepcionalidad y necesidad sólo puede acordarse si no existen otras medidas menos gravosas y sólo cuando sea imprescindible

Por tanto, es cierto que muchos de los déficits de normatividad de la Directiva anulada por el TJUE no se dan en nuestra ordenación nacional al establecer garantías suficientes para que los datos personales conservados por obligación legal están suficientemente protegidos frente al riesgo de abuso ilegal tanto en relación con el acceso a esos datos como en el uso de los mismos. Y esa es la razón por la que esta Sala en anteriores sentencias ha considerado que nuestro ordenamiento en materia de conservación y cesión de datos es conforme con el derecho de la Unión.

Muestra de esa posición la encontramos en la STS 723/2018, de 23 de enero de 2019 y 400/2017, de 1 de junio, en la que dijimos lo siguientes: "en nuestra normativa interna tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad, están sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial, y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales, de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que desde luego implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (Artículo 588 bis a).5 LECrim), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

A la luz de las recientes sentencias dictadas por el TJUE y de las que nos hemos hecho eco en páginas anteriores, no encontramos razones para modificar nuestra posición. La legislación española en su conjunto es respetuosa con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de ahí que nuestro análisis se proyecte no tanto en cómo deba regularse en el futuro esta materia, como en la comprobación de que en cada proceso penal y respecto de todo ciudadano que se vea sometido a una investigación criminal tenga la garantía del pleno respeto de sus derechos constitucionales. El propio TJUE ha situado en ese punto la proyección práctica de su doctrina. Lo determinante a efectos del proceso penal es si



la limitación que sufre cada investigado en sus derechos fundamentales supone una injerencia no respetuosa con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en general, con los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

Y siguiente esa estela, el propio TJUE ha declarado de forma tajante que el problema de la validez probatoria de la información almacenada es una cuestión ajena al derecho comunitario y cuyo análisis debe hacerse desde el derecho nacional, de acuerdo con los siguientes principios:

De un lado, el principio de primacía obliga a la aplicación del derecho de la Unión con preferencia al nacional, de ahí que la doctrina del TJUE sea de vigencia obligatoria. Pero, a partir de esa afirmación de principio y aun en la hipótesis de que la ley 25/2007 no fuera conforme con el derecho de la Unión, lo que ya hemos descartado, no por ello es una consecuencia obligada la ilicitud probatoria de la información obtenida a partir de los datos conservados por obligación legal. Por el principio de equivalencia el juez nacional puede utilizarla siempre que otorgue al derecho comunitario una protección equivalente a la que otorgaría al derecho nacional en una situación similar. A tal fin el propio TJUE ha señalado que para excluir esa información lo más determinante es verificar si ha sido sometida al principio de contradicción procesal, es decir, si el afectado por la misma ha tenido oportunidad de contradecir, confrontar y cuestionar con plenitud la información en cualquiera de los aspectos que puedan ser relevantes para su valoración probatoria (véanse, en este sentido, STJUE de 6 de octubre de 2020, (asunto *Quadrature du Net*, -222-224- y STJUE de 10 de abril de 2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, apartados 78 y 79).".

También la STS 317/2020, de 15 de junio señala que "las exigencias recogidas por el TJUE están recogidas en nuestra normativa interna, tanto la protección del derecho a la intimidad como el principio de proporcionalidad y sujetas a la autorización de una autoridad independiente de la administrativa cual es la judicial y se contraen a la investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal y en las leyes penales especiales de forma que en cada caso será el Juez de Instrucción correspondiente el que decida la cesión de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas, lo que, desde luego, implica que la decisión debe ser ajustada al principio de proporcionalidad establecido expresamente en nuestra ley procesal (artículo 588 bis a).5 LECrim.), lo que en principio no parece incompatible con la exigencia de una normativa nacional que no admita la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica".

En España esta materia se regula por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, cuyo objeto declarado en la Exposición de Motivos, se promulgó con la finalidad de trasponer al derecho interno la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo.

Esta Ley ha sido confirmada en su vigencia por dos leyes posteriores: La Ley 9/2014, de 9 de marzo, General de las Telecomunicaciones, y la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que en sus respectivos artículos 42 y 52 remiten a la Ley 25/2007 en todo lo concerniente a la conservación y de cesión de datos con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Por lo tanto, el Legislador no sólo no ha dudado de la legalidad de la ley de referencia, sino que la ha confirmado expresamente en las dos leyes posteriores, precisamente las leyes que han establecido la regulación básica en este ámbito normativo.

1.3. Debemos precisar que la función de control y de verificación de esta Sala no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

La Sala de instancia analiza de forma minuciosa y acertada todas las cuestiones planteadas por el recurrente con respecto a la nulidad invocada, rechazándola.

En primer lugar, en cuanto al primer auto judicial dictado el 29 de octubre de 2021, se afirma que el primer oficio policial está fechado el 28 de octubre de 2021 (ac. 3). En él, el policía nacional que lo firma, indica que tras las primeras investigaciones pudieron comprobar una serie de hechos y datos acerca de la comisión de un robo con fuerza en el hotel Atrio de Cáceres en el que habrían sido sustraídas unas botellas de vino de importante valor económico y considera que "es muy probable que los dos presuntos autores estén conectados telefónicamente en el momento del hecho, dado que, mientras el varón cometía el ilícito, la mujer tenía ocupado al único trabajador que había en el hotel, solicitándole hasta en dos ocasiones, dos horas después de haber

consumido una cena de degustación de catorce platos". Asimismo, no teniendo vehículo registrado, "esta instrucción tiene indicios para pensar que una tercera persona les espera en un vehículo en el exterior de la muralla, siendo necesaria una llamada para ser avisada de que salen del establecimiento", por lo que solicitaba a la Jueza Instructora que se librarán con carácter urgente mandamiento de " tráfico BTS con número de llamante llamado por CELLID rango de fechas en la zona de la Plaza San Mateo de esta ciudad, entre las 20:00 horas del día 26/10/2021 y las 06:00 horas del día 27/10/2021."

Ese mismo día se dicta el auto de incoación de las DP 485/2021 y al siguiente -29 de octubre de 2021- el auto autorizando tráfico de BTS en el que la magistrada instructora argumenta que "examinadas las investigaciones efectuadas y la investigación tendente a la identificación y localización de los posibles autores de un delito de robo con fuerza en el que podrían haber actuado de forma organizada se estima necesaria y proporcionada la medida interesada relativa a la obtención de todos los datos de los teléfonos asociados a los repetidores que se dicen", que es confirmado por auto de 26 de noviembre de 2021, desestimando el recurso del M. Fiscal.

Por oficio del día 29 de octubre 2021, la policía solicita que sean librados mandamientos separados a las compañías de telefonía móvil, explicando las razones. Mediante auto de 25 de noviembre 2021 se accede a la solicitud policial de librar mandamiento a MOVISTAR para que facilitara el tráfico de llamadas en los núm. NUM006 y NUM007 , perteneciente a dicha operadora, desde las 13:45 a las 14:35 horas del día 25/10/2021 y cuantos datos obraran en sus archivos que permitieran averiguar la totalidad de los datos de filiación de la titular de la línea en esa franja horaria.

Después, por oficio 9232/21, de 2 de diciembre 2021 la PN interesó que se dictara mandamiento a las operadoras para conocer el tráfico de llamadas del teléfono NUM008 , utilizado por la persona que se alojó en la habitación NUM001 del hotel, solicitando el tráfico de BTS en los lugares donde se había hecho uso de la tarjeta, justificándolo en que "como quiera que todas las gestiones practicadas hasta el día de la fecha por este Grupo Operativo de Delincuencia Urbana encaminadas al esclarecimiento de CÁCERES los hechos han sido infructuosas, la única línea de investigación que nos pueda llevar a la plena identificación de los autores de los hechos que nos ocupan es mediante el estudio y análisis de los terminales telefónicos utilizados por los autores para comunicarse a través de los REPETIDORES DE COMUNICACIÓN a los que dan cobertura, y a través de estos, lograr la plena identificación de los mismos."

También, se interesó, el tráfico de llamadas con localización de la línea telefónica NUM004 , mediante atestado policial de 4 de noviembre de 2021 mandamiento para solicitar la titularidad del mismo, recibido el 10 de noviembre, poniendo de relieve que "este número de teléfono fue el aportado por la autora de los hechos el día que realizó la reserva de la habitación, por lo que se considera absolutamente necesario avanzar en la investigación sobre el mismo por su importante nexo de unión con los autores y la potencialidad de la información que se pueda extraer del mismo.

Que en este momento en que se encuentra la investigación, se solicita la titularidad del mismo, así como los posicionamientos CGI de la línea telefónica, y así determinar todos los posicionamientos que esa línea telefónica ha tenido desde el día de la activación de la tarjeta telefónica, hasta hoy día 02/12/2021. El estudio de las ubicaciones puede servir para determinar que los autores se desplazan además de al lugar del robo, a los sitios donde se ha utilizado la tarjeta de Correos, mencionada más arriba, y utilizada para perpetrar el hecho delictivo en el Hotel Atrio de esta ciudad. Recaltar que el estudio de dichos tráficos puede servir para determinar la identidad de los autores del robo, así como de otras posibles personas que durante el transcurso de los hechos pudieran haber contactado con los presuntos responsables, como la realizadas por los mismos con otros individuos que pudieran estar involucrados en los hechos para lograr dar salida y colocar en el mercado negro los productos sustraídos durante el robo.

Resulta de especial importancia, por tanto, el análisis del tráfico de llamadas con localización de la antena CGI sobre la línea NUM004 , todo ello dada la posibilidad de analizar la ubicación del usuario de esa línea en relación a los hechos objeto de investigación ."

A través del auto de 12 de enero de 2022 se autoriza la citada solicitud con motivación que la Sala califica de "exhaustiva".

1.4. El tribunal, si bien reconoce que algún reproche del auto es cierto, ya que lo califica de lacónico y que no cita los preceptos de la LECrim, pero entiende que ello no es suficiente para su nulidad, ya que acuerda una injerencia proporcionada y contiene una motivación suficiente, auto inicial que se completa con los autos que siguen, por lo que entiende que cumple los requisitos legales:

"1º) Fue dictado por el JI núm. 4 de Cáceres tras solicitud policial e informe del Ministerio Fiscal, cumpliendo la exigencia del art. 588 bis c) LECRIM. 2º) Aunque no recoge los preceptos que legitiman la intervención, y siempre pudo acotarse mejor el ámbito de observación circunscribiéndolo a las personas registradas en el



hotel y a los empleados no fue una medida indiscriminada por cuanto está limitada espacial y temporalmente y, tratándose de una medida inicial; fue adoptada tras aportarse por la policía unas diligencias de investigación cuyo resultado eran indicios objetivos de la comisión de un robo con fuerza de unas botellas de vino de elevado valor económico; y desconociéndose los posibles autores, la única medida a adoptar era la de la obtención de los datos de los teléfonos asociados a los repetidores aludidos en el oficio para la identificación y localización de los autores del robo. Fue, por tanto, necesaria y proporcionada."

En efecto, estamos ante un delito grave, conforme a los artículos 13.1 y 33.1 CP y el artículo 579.1 de la LECrim, se trata de datos que sirven para rastrear e identificar el origen y destino de una comunicación, el tipo de comunicación y el equipo de comunicación de los usuarios, pero no revelan el contenido de la comunicación, los cuales fueron cedidos por autorización judicial motivada, pues como hemos dicho en nuestras sentencias 349/2021, de 28 de abril, y 113/2020, de 11 de marzo, entre otras muchas, se viene reconociendo que la motivación por remisión no es una técnica jurisdiccional modélica, pero la doctrina constitucional la admite si la solicitud policial, o el informe del Ministerio Fiscal en el que solicita la intervención, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 72/2010, de 18 de octubre, y 492/2012, de 14 de junio y STS 248/2012, de 12 de abril, entre otras).

La solicitud policial de 28 de octubre de 2021 a la que se remite el auto de 29 de octubre, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad y necesidad, estamos ante un delito grave y la injerencia fue acordada a partir de indicios que suponían una previa y suficiente investigación, la denuncia de uno de los dueños del establecimiento hotelero, la toma de declaración de los empleados y las grabaciones del establecimiento, aportaban una serie de datos, circunstancias suficientes para descartar la investigación prospectiva, así como la injerencia fue limitada temporal y espacialmente, en concreto a la zona de la Plaza de San Mateo de la localidad de Cáceres, entre las 20 horas del día 26 de octubre de 2021 y las 6 horas del día 27 de octubre del mismo año, lugar y horario en la que tuvieron lugar los hechos delictivos.

Lejos de tratarse de una investigación prospectiva, la policía ya contaba con datos objetivos, no se trata de una denuncia anónima que pudiera adolecer de nulidad por favorecer o dar lugar a indagaciones prospectivas e injustificadas, en nuestro Estado de Derecho no tienen cabida las prospecciones generales, la indagación personal o profesional de un ciudadano. En nuestro sistema se exige una delimitación concreta de los hechos sometidos a investigación judicial, elemento que es común a cualquiera de las formas que puede iniciarse el proceso penal, querrela, denuncia o atestado policial. Además, se exige la perfecta indicación de la persona que pone en conocimiento de la autoridad los hechos denunciados, con el fin de valorar la credibilidad inicial de lo comunicado, lo que se cumple en el presente caso. Posteriormente, como dice la Sala, los informes policiales y los autos posteriores, complementan sin duda, la investigación llevada a cabo.

En definitiva, la medida era necesaria y proporcional, dirigida a la averiguación y descubrimiento de los autores del delito, dentro de un radio de acción y un momento perfilado, añadiendo el tribunal *a quo*, con referencia a lo razonado por el tribunal sentenciador, que *"de esa de esa geolocalización no se obtuvo ninguna información ni fue utilizada en el proceso, por lo que no pudo darse la conexión de antijuricidad. Como tampoco tuvo mayor virtualidad la medida acordada en el auto de 25 de noviembre de 2021, ya que se trataba de los teléfonos fijos del hotel restaurante Atrio. Es el tráfico de las llamadas de las víctimas y no se obtuvo dato relevante para la investigación."*

Los datos relevantes se obtuvieron, en definitiva, del auto de 12 de enero de 2022, que como hemos dicho, se encuentra exhaustivamente motivado, calificado por el tribunal como "modélico", dictado como consecuencia de la petición de 2 de diciembre de 2021 de la Comisaría Provincial de Cáceres, basándose la autorización en que se cumplen las exigencias de los art. 588 bis b) y 588 bis c), haciéndose por la instructora un análisis de la especialidad, excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad e idoneidad de la medida acordada. Con una motivación "rigurosa", analizando la extensión de la medida en fundamento de derecho tercero, señalando que lo que se le solicita es el tráfico BTS en los lugares donde se ha hecho uso de la tarjeta de correos prepago núm. NUM009 y tráfico de llamadas con localización de la línea telefónica NUM004, solicitando la titularidad del mismo así como los posicionamientos CGI de la línea telefónica y todos los posicionamientos que esta línea ha tenido desde la activación de la tarjeta telefónica hasta el día 2 de octubre de 2021.

Resultado de dicho auto fue la averiguación de que existió una llamada entre ese número de teléfono y el teléfono móvil NUM005, usado por Javier en el momento en el que se está realizando el robo y también el mensaje que remite al teléfono cuyos datos se piden a Angelica desde su teléfono NUM010, unos días antes y que permiten la identificación de esta.

Lo mismo ocurre con el auto de 1 de febrero de 2022, ya referido, que acuerda entre otros, enviar mandamiento a las compañías para que facilitaran los documentos utilizados para dar de alta la línea NUM005, y



establecimiento comercial donde se llevó a cabo la misma desde el momento de su activación, así como los cambios de titularidad que hubiera sufrido desde su activación y hasta el 20 de enero del 2022.

1.5. Dentro del motivo, como hemos enunciado, también se solicita la nulidad en relación a la ausencia de documentos originales del atestado, basado en pantallazos, al volcado de datos y la ruptura de la cadena de custodia del teléfono propiedad de Javier .

1.5.1. El tribunal de instancia rechaza las alegaciones del recurrente, en primer término, en cuanto al volcado de datos, razonando que "*Los datos obtenidos de las compañías de telefonía, incluidas las escuchas telefónicas a las que también fueron sometidos los acusados, están incorporadas al procedimiento [(ac 84 de la pieza separada núm. 1 de las DP 485/2021) (LE- 20220328172419_9109. Evidencias legales. resoluciones de la instructora, prueba de ello, es que cuando hemos abierto y consultado el citado ac. 84 hemos comprobado la existencia de dos providencias no combatidas: resoluciones de la instructora, prueba de ello, es que cuando hemos abierto y consultado el citado ac. 84 hemos comprobado la existencia de dos providencias no combatidas)*". En definitiva, se refiere a las providencias de 14 de noviembre y 12 de diciembre de 2022, de las que se desprende que nada se hurtó al juez o a las partes.

Añade a ello la Sala el informe policial -ac.614- sobre volcado de información de teléfonos intervenidos, sobre el que indica que "*No puede la Sala hacer un ejercicio de imaginación para saber qué falta o que más debió volcarse que la facilitara la defensa*". A lo que adiciona que, en concordancia con lo argumentado por el tribunal sentenciador, no fue trascendente la información obtenida de dicho volcado porque los autores ya habían sido identificados, sin que tenga ello otro alcance que el de reforzar un argumento de la Sala al valorar la prueba.

En cuanto a los pantallazos, a los que hace mención la defensa, afirma el tribunal que la policía incorpora a los atestados los documentos originales que obran en su poder -copia del pasaporte utilizado por Angelica para registrarse- o los documentos electrónicos en otros casos -datos de tráfico, contestaciones de operadoras-. En lugar de anexarlos al atestado, los incorpora directamente a las diligencias mediante su escaneo, lo que no tiene nada de particular.

Por lo que se refiere a la cadena de custodia, se explica por el tribunal que los agentes explicaron en el juicio "de forma clara y contundente", como se obtuvo el teléfono que fue custodiado bajo llave en la comisaría de policía de Cáceres, sin que concreten los recurrentes cómo pudo romperse la cadena de custodia por el hecho de que no conste una diligencia explicativa del proceso de custodia ni tampoco por qué dudan de la veracidad de lo afirmado por los policías núm. NUM011 y NUM012 .

En definitiva, rechaza el motivo porque la defensa ha tenido acceso a los datos, han podido analizarlos y solicitar su cotejo, siendo lo más relevante que la diligencia no lo era, porque no contribuyó a la identificación de los autores. Sin que nada de lo aducido haya podido generar indefensión.

1.5.2. Compartimos los argumentos del tribunal de instancia. Hemos dicho en la reciente sentencia 687/2023, de 25 de septiembre, recogiendo la jurisprudencia de esta Sala, que como explicaban las SSTS 506/2012, de 11 de junio y 767/2012, de 11 de diciembre, la regularidad de la cadena de custodia es un presupuesto para la valoración de la pieza o elemento de convicción ocupado. Se asegura de esa forma que lo que se analiza es justamente lo ocupado y que no ha sufrido contaminación alguna.

En las SSTS 675/2015, de 10 de noviembre; 460/2016, de 27 de mayo; 541/2018, de 8 de noviembre; 459/2021, de 27 de mayo; o 405/2022, de 25 de abril, sintetizábamos la doctrina jurisprudencial en relación con esta cuestión. Decíamos, en palabras de la STS 1/2014 de 21 de enero, que la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental. Lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis, pero no a su validez (SSTS 129/2011, de 10 de marzo; 1190/2009, de 3 de diciembre; o 607/2012, de 9 de julio).

De acuerdo con la STS 587/2014, de 18 de julio, la cadena de custodia no es prueba en sí misma, sino que sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba. Su infracción afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba. En palabras de la STS 195/2014, de 3 de marzo, no es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (en el mismo sentido STS 320/2015, de 27 de mayo o STS 388/2015, de 18 de junio).

Para examinar adecuadamente si se ha producido una ruptura relevante de la cadena de custodia no es suficiente con el planteamiento de dudas de carácter genérico, es necesario que la parte que la cuestione precise en qué momentos, a causa de qué actuaciones y en qué medida se ha producido tal interrupción, pudiendo proponer en la instancia las pruebas encaminadas a su acreditación. De manera reiterada hemos afirmado, que no cabe presunción de irregularidad de las actuaciones judiciales y policiales, siendo la queja del recurrente sobre el volcado, los pantallazos incorporados al atestado policial, o la ruptura de la cadena de



custodia, totalmente genérica, pues en nada afecta, ni se causa indefensión alguna a los recurrentes, por el hecho que no se extendiera diligencia de cadena de custodia, explicando el agente policial en el acto del juicio oral donde estuvo custodiado el teléfono del recurrente, o porque consten algunos documentos escaneados, no siendo el volcado relevante, ya que como dicen ambos tribunales, no sirvió para la identificación de los autores.

El motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- 2.1. En el primer motivo se alega infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en concreto, por vulneración de los artículos 24. 2 y 17 de la Constitución Española, donde se garantiza el derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la libertad.

Se afirma que no existe prueba de cargo suficiente contra los dos acusados. Afirmación que se extrae de que han sido condenados por un delito de robo con fuerza en establecimiento abierto al público de especial gravedad, cuando no se practicaron en el plenario pruebas directas de cargo sobre su participación en los hechos y los indicios de criminalidad que se nos citan en la sentencia, no son de la suficiente entidad como para llegar a la conclusión de culpabilidad, vulnerándose con su condena su derecho a la presunción de inocencia.

En el desarrollo del motivo se indica que los acusados no declararon y en cuanto a los testigos, empleados del establecimiento, los mismos no fueron de utilidad. No se practicó reconocimiento alguno en fase de instrucción, y ninguno de los testigos reconoció a los acusados en el plenario, solo Luis Enrique, el recepcionista dijo que "sí" pero sin explicación alguna, formulando protesta porque era la primera vez que se preguntó por el reconocimiento, no existió rueda en instrucción, calificando los reconocimientos como irregulares. Pablo Jesús dueño del negocio, dijo no estar seguro del reconocimiento, se trató sin duda de una identificación sugestiva. Destacando con respecto al informe pericial de ADN, que el hallar el mismo compatible con los acusados en una habitación, ello no les sitúa necesariamente en el lugar de los hechos, ya que se trata de células epiteliales que se pueden transportar de muchas maneras, sin que se pueda saber el tiempo que llevaban allí, como declararon los policías NUM013 y NUM014.

2.2. Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos recordado en la sentencia 35/2020, de 6 de febrero, con citas de las SSTs 458/2009 de 13 de abril y 131/2010 de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presenció. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC. 68/98, 117/2000, SSTs. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/200, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

Hemos dicho en nuestra sentencia 278/2023, de 19 de abril, que nuestra función de control de la valoración de la prueba indiciaria analizada en la instancia, dentro del ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia, debe circunscribirse, tal como ya se ha explicitado en otras resoluciones de esta Sala de casación, a supervisarla estructura racional del discurso plasmado por el Tribunal sentenciador, cuestionando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, o, en definitiva, arbitrarias (SSTs 960/2009, de 16-10; 1104/2010, de 29-11; 749/2011, de 22-6; 813/2012, de 17-10; 62/2013, de 29-1; 617/2013, de 3-7; y 762/2013, de 14-10).

La prueba indiciaria o indirecta no goza necesariamente de menor valor o fuerza que la prueba directa. Su admisibilidad no es fruto de la resignación: una irremediable concesión a criterios defensoristas para evitar intolerables impunidades. No. La doctrina sobre la prueba indiciaria no encierra una relajación de las exigencias de la presunción de inocencia. Es más: la prueba indiciaria es muchas veces fuente de certezas muy superiores a las que brindaría una pluralidad de pruebas directas unidireccionales y concordantes.

Evoquemos alguno de los muchos pronunciamientos del TC sobre la denominada prueba indiciaria o indirecta, la STC 133/2014, de 22 de julio, -citada posteriormente en la STC 146/2014, de 22 de septiembre-. Recordando las SSTC 126/2011, 109/2009 y 174/1985 resume una consolidada doctrina. También la prueba indiciaria



puede sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan unos requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso tanto que el órgano judicial exponga los indicios como que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, d) este razonamiento ha de venir avalado por las reglas del criterio humano o de la experiencia común (en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre "una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes"(- SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3-)

2.3. En el supuesto, tal y como se desprende de la sentencia recurrida, la prueba de cargo analizada es abrumadora, prueba directa e indiciaria que es sólida y plural, se trata de la declaración de siete testigos (propietario y empleados del hotel y nueve agentes de la policía nacional que practicaron las diligencias), de la comparecencia de cinco peritos y de la prueba documental incorporada a las actuaciones.

La sentencia de instancia refiere las siguientes pruebas de cargo:

1º Prueba consistente en las grabaciones de las cámaras del interior del hotel-restaurante, que reflejan a Javier , con mascarilla, intentando en un primer momento abrir de forma infructuosa la puerta de la bodega con la llave equivocada y que hace una llamada avisando a Angelica por un teléfono móvil de que no tiene la llave correcta y tiene que entretener de nuevo al recepcionista, Se le ve volver a recepción y cogiendo ya la llave maestra con la que se observa, primero, como abre la puerta y sale minutos después con las dos bolsas y la mochila del lugar que conoce porque lo ha visitado al terminar la cena. Después de dejar las botellas en la habitación, vuelve a recepción para dejar la llave. Posteriormente, son grabados cuando abandonaron el hotel sobre las 5:00 horas. También se ve al único empleado que trabajaba esa noche Luis Enrique .

2º Testificales de los empleados Pablo Jesús y Enrique que identificaron a ambos acusados, aunque no de forma inequívoca; declaración de Luis Enrique que sí reconoció en el juicio sin ningún género de dudas a Angelica ; también razona el tribunal que quien sí hizo un reconocimiento contundente fue el inspector de policía con carné núm. NUM015 , que indicó que fue a recoger a los acusados al aeropuerto de Barajas tras su entrega por las autoridades croatas y manifestó "sin género de dudas" que eran las mismas personas que aparecían en el visionado de las cámaras, perfil que conocía perfectamente, porque "había consumido horas examinando las imágenes".

3º La prueba de ADN que acreditó que los acusados pernoctaron la noche del 26 al 27 de octubre en la habitación NUM001 del hotel. Denunciados los hechos inmediatamente después de tener conocimiento de la sustracción de las botellas - sobre las 13:40 h según la denuncia inicial y la declaración de don Gonzalo , sommelier-, se lleva a cabo una primera inspección ocular inmediatamente por los agentes de la Policía Judicial de la Comisaría Provincial del Cuerpo Nacional de Policía de Cáceres (atestado NUM016 ; ac 109), y fue ratificada en la vista oral por los agentes que la llevaron a cabo.

Informe pericial elaborado por el laboratorio de Biología de la Comisaría General de Policía Científica (ac 629) elaborado por los funcionarios con carné profesional NUM013 y NUM014 y ratificado en la vista oral, del que se desprende que el ADN de Angelica y Javier estaban en el retrete del cuarto de baño de la habitación NUM001 .

4º La sentencia destaca minuciosamente los múltiples indicios que analiza el tribunal sentenciador, acreditados por la testifical policial, entre ellos: a) el pasaporte suizo falso a nombre de persona desconocida que utilizó en el hotel Angelica con su fotografía; b) el número de teléfono con el que se registró en el hotel Angelica NUM004 , a nombre de Norberto , sin que exista persona alguna con esa identidad, hay intercambio de llamadas con el NUM005 , a nombre de la misma persona -que es el perteneciente a Javier , llama a sus hijas, hace reservas de viajes...-, y con los teléfonos fijos del hotel; el primer número recibe un mensaje SMS del número NUM010 , a nombre de " Angelica ", con fotografía con "enormes" similitudes con el pasaporte suizo utilizado; c) Angelica acompañó el 14 de octubre de 2021, un día después del SMS referido anteriormente a Javier en la comisaría del Distrito de Salamanca donde fue detenido por hurto de botellas de vino de la misma marca que los del hotel; d) los viajes anteriores de los acusados: el 1 de junio, el 13 de junio, el 12 de agosto y el día de los hechos -posicionamiento de los móviles-; e) el vehículo Mercedes modelo A180, rojo, con matrícula LCZ , pertenece a Javier ya que fue identifica por dotación policía nacional el 26 de abril de 2021, y el 20 de octubre de 2021 circulando por la carretera A-3, vehículo identificado en las cámaras de tráfico el día 27 de octubre de 2021 a las 6.41 h en la carretera A-5, PK 218,75 sentido Madrid; f) los teléfonos utilizados estaban a nombre de Norberto , y el policía NUM003 explicó en el juicio que en un informe procedente de Portugal consta, remitidas las impresiones dactilares de los acusados, que las de Javier coinciden con una persona que



le tomaron huellas en el 2008 por un delito de robo que facilitó la identidad de Norberto ; y g) conversaciones transcritas entre Javier y un tal Juan Manuel intentado vender los vinos sustraídos en Estados Unidos, y ante la dificultad, cambiar algunas botellas por un vehículo Mercedes.

2.4. En efecto, como hemos dicho, de la sentencia recurrida se desprende que la prueba de cargo analizada es abrumadora, que existe prueba directa e indiciaria y que la misma es sólida y plural, sin que la priven de su fuerza acreditativa las alegaciones del recurrente.

En primer término, en cuanto a la ausencia de declaración de los acusados, no ofreciendo su versión exculpatoria de los hechos, si bien es cierto que reiteradamente ha dicho la jurisprudencia de esta Sala que no se puede concluir la culpabilidad del mismo por el hecho de que guarde silencio, sí que se ha dado validez como aspecto negativo la ausencia de explicaciones sobre determinados extremos -sentencia TEDH Murray vs. Reino Unido-, además el silencio del acusado puede ser utilizado, como un indicio más, cuando el cúmulo de pruebas de cargo requiera una explicación, como ocurre en el presente caso.

Por otro lado, con respecto al reconocimiento de los acusados llevado a cabo en el juicio oral, debemos tener en cuenta que, como hemos dicho en la reciente sentencia 108/2023, de 16 de febrero, el Tribunal Constitucional ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores. Y esta Sala ha declarado en la STS nº 177/2003, de 5 de febrero, que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación". SSTS. 1278/2011 de 29.11 y 23.1.2007 que matiza, si cabe, con mayor claridad los seguimientos extremos: 1º) que la jurisprudencia haya señalado que el reconocimiento en rueda constituye, en línea de principio una diligencia específica sumarial de difícil práctica en las sesiones del juicio oral por resultar atípica e inidónea, no significa que el testigo no pueda reconocer al acusado directamente en el Plenario e inmediatamente a presencia del Tribunal; 2º) De forma que, incluso, un reconocimiento dudoso en fase sumarial puede ser subsanado mediante uno inequívoco en el Plenario o viceversa cuando en la fase de instrucción se ha producido una rueda de reconocimiento con todas las formalidades legales y el reconociente no ha admitido dudas sobre la identidad del reconocido y en el Plenario las suscita; el Tribunal, entonces previa introducción de dicha diligencia en el juicio oral, puede acoger la que le ofrezca mayor verosimilitud; 3º) También ha señalado la jurisprudencia (STS. 1230/99) que la prueba sobre el reconocimiento no lo constituye la diligencia practicada en el sumario, sino el testimonio del identificador en el Plenario ante el Tribunal de instancia, añadiendo que la diligencia de reconocimiento, aún cuando se practique a presencia del Juez de Instrucción, del Secretario y del Letrado de la defensa, no pasa de ser una diligencia sumarial, pero para que la identificación efectuada en la misma adquiera la condición de prueba de cargo es necesario que, comparecido al juicio oral el reconociente y a presencia del Tribunal, pueda ser sometido al interrogatorio de las partes sobre dicha identificación (STS. 28.11.2003, 19.7.2007). Es una diligencia sumarial que tiene por fin la determinación del imputado en cuanto sujeto pasivo del proceso, y que, para que tenga efecto probatorio, es imprescindible, como regla general que el mismo sea ratificado en el acto del juicio oral por quien hizo el reconocimiento (SSTC. 10/92, 323/93, 283/94, 36/95, 148/96, 172/97, 164/98).

En el supuesto, el testigo Luis Enrique reconoció en el plenario, sin dudas, a la acusada Angelica , además existen las grabaciones, y al respecto el PN NUM015 que declaró en el plenario reconoció sin género de dudas a los acusados cuando fue a recogerlos al aeropuerto, como las personas que aparecían en el visionado de las cámaras, perfil que afirmó conocer perfectamente, porque había consumido horas examinando las imágenes.

En cuanto al resto de indicios, que el recurrente analiza por separado dando otra versión de los hechos, como que el ADN es compatible con que los acusados estuvieron en una habitación, pero que ello no les sitúa necesariamente en el lugar de los hechos, ya que se trata de células epiteliales que se pueden transportar de muchas maneras, pero lo cierto es que estaban allí, y fueron encontradas tras ocurrir los hechos. Además, la valoración de la abundante prueba indiciaria no será razonable si se aferra a un análisis fragmentario de cada uno de los elementos indiciarios discutiéndolos de forma individual, uno a uno, para, al margen de toda lógica, concluir que se ha lesionado la presunción de inocencia en cuanto se detecte algún punto débil o se concluya la insuficiencia de cada indicio examinando autónomamente, prescindiendo de su conexión con los demás.

Todos los indicios analizados por la Sala han quedado plenamente acreditados, e interrelacionados en su totalidad, lo que nos lleva a la certeza de que la motivación y deducción del tribunal es racional y concluyente.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO. - 3.1. El tercer motivo se formula por error en la valoración de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim, basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgado sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, designando a tales efectos el informe pericial de 22 de febrero



de 2022 elaborado por D. Conrado , perito tasador de la compañía aseguradora REALE SEGUROS, aportado por el actor civil relativo al valor de las botellas presuntamente sustraídas de forma extemporánea en el trámite de cuestiones previas del juicio oral, sesión de 15 de febrero de 2023 y que fue impugnado en ese momento por parte de la defensa.

Se denuncia error en la valoración de la prueba en cuanto al valor de las botellas presuntamente sustraídas. Se toma como valor de referencia, en algunos pasajes de las sentencias el valor de las botellas en carta, y en otros, el valor que les dio el perito de la compañía aseguradora, ocasionando por tanto confusión e inseguridad. Pero, ni uno ni otro valor puede ser tenido en cuenta, ya que no existe informe pericial judicial, sin valoración por parte de un perito, no puede haber un fallo condenatorio como el que se ha dado en primera instancia, ya que no cabe presumir que los efectos cuyo robo o hurto se denunció, estuvieran valorados en más de 50.000 euros.

3.2. Debemos recordar, por ejemplo, con la STS 442/2021, de 25 de mayo, que por la vía del art. 849.2 LECrim., se circunscribe el motivo al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En relación al motivo planteado, la doctrina de esta Sala, recordada entre otras en nuestra sentencia 138/2019, de 13 de marzo (SSTS. 936/2006 de 10 de octubre y 778/2007 de 9 de octubre, entre otras muchas) viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; 2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECrim. 4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19 de julio - el motivo de casación alegado no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que, en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad.

3.3. El documento que se cita por el recurrente es un informe pericial elaborado por el perito Conrado , y los informes periciales no son literosuficientes para evidenciar el error en la valoración de la prueba que se denuncia. El primer requisito que exige el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es que el error surja de forma incontestable del particular de un documento. Este carácter no puede atribuirse, como se ha dicho, a las pruebas personales. En cuanto a la prueba pericial, esta Sala ha señalado en numerosas ocasiones que, en realidad, se trata de una prueba personal, aunque excepcionalmente le haya reconocido virtualidad para permitir la alteración del relato fáctico cuando el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario o bien cuando haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

En el supuesto, el informe del perito fue aportado al inicio de las sesiones del juicio oral y ratificado por su autor en el mismo, que recoge como precio de venta en carta de los vinos sustraídos la de 1.648.500 € como precio de carta, y se valoran en 753.454,46 € como precio correspondiente con la indemnización entregada por Reale a los denunciados, en virtud de la póliza de seguros contratada con los mismos. Junto a ello existe, aportado en autos, tal y como indica el tribunal, la carta de vinos "un libro con cientos de referencias y muy conocida en el mundo de la restauración", que fue aportada en instrucción por los perjudicados a instancia de la defensa, donde están recogidos todos los vinos sustraídos por el importe indicado, haciendo referencia la Sala al art. 365.2 de la LECrim -valor de venta al público para mercancías sustraídas en establecimientos comerciales abiertos al público-.



El motivo no puede prosperar.

CUARTO.-4.1. En el cuarto motivo se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación de los artículos 237, 238.4º, 239.2, 241.1 y 4 del Código Penal, toda vez que esta parte entiende que no ha sido acreditado en modo alguno el delito de robo con fuerza en las cosas por parte de su defendido por el que ha resultado condenado.

Discute el recurrente la prueba practicada, negando nuevamente la autoría de los acusados, añadiendo en el motivo que no estamos ante un supuesto de llaves falsas, por lo que no se puede condenar por robo con fuerza, y que además se infringe el principio acusatorio ya que el Fiscal no acusó por la agravación de valor histórico de una de las botellas, sin embargo, el tribunal la tiene en cuenta en el FD 6º al imponer la pena, valorando una agravante por la que no se acusaba.

4.2. La intangibilidad del hecho probado es condición *sine qua non* para el éxito del recurso. La STS 684/2021, 15 de septiembre, apunta que cuando el motivo se articula por la vía del artículo 849.1 ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de 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 acepten los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. En definitiva, no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando los motivos acogidos al artículo 849.1º de la LECrim ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida (en el mismo sentido, cfr. SSTS 849/13, 12 de noviembre y 614/22 22 de junio, entre otras muchas).

4.3. Conforme a lo anterior, el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate por el que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple el recurrente en la medida que los cuestiona.

Por otro lado, en relación a la impugnación referida a la utilización de llaves falsas, y la calificación realizada por el tribunal como robo con fuerza, lo cierto es que la jurisprudencia reiterada de esta Sala aprecia como falsa la llave legítima cuando llegan a poder del sujeto activo de manera subrepticia, o cuando se utilizan sin estar autorizado para su uso (STS 16/2021, de 14 de enero); como en este caso, en que Javier se apoderó de la llave maestra del restaurante, de modo que dicha sustracción otorga al hecho acreditado el carácter normativo de llave falsa, hay que tener en cuenta que a la bodega solo se podía acceder si se traspasaba la puerta de la misma utilizando la llave que activó el mecanismo de apertura, sin que el perjudicado hubiera autorizado la entrada al acusado.

Además, a la vista de lo indicado, se constata que la recurrente se limita a reiterar el contenido de la impugnación desarrollada en la apelación. En consecuencia, la cuestión carece de relevancia casacional, en la medida en que no alega ni plantea argumentos distintos de los ya esgrimidos con anterioridad, que permitan a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

Por último, en cuanto a la infracción del principio acusatorio que por esta vía casacional también se alega, debe rechazarse. El tribunal aplica exclusivamente la circunstancia 5ª del apartado 1 del art. 235, referida a que lo sustraído tiene una especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, y rechaza la agravación 1ª del mismo artículo y apartado referida a la sustracción de cosas de "valor artístico, histórico, cultural o científico", porque no ha sido objeto de acusación, así lo dice expresamente, aunque haga referencia a que se podría haber aplicado, ya que la sentencia estima que ha quedado probado que una botella de vino francés de 1806 de tiempos de Napoleón y valorada en 350.000€ podría encuadrarse en esa circunstancia, valor que se hace constar en el relato fáctico.

Esta Sala tiene declarado que el sistema acusatorio que informa el proceso penal español exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, de proponer prueba y de participar en su práctica y en los debates, habiendo podido conocer con antelación suficiente aquello de que se le acusa; de ahí que la acusación haya de ser, además, precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, lo que no se infringe en el supuesto porque se califican los hechos tal y como fue propuesto por la acusación, al margen de las circunstancias que se



pueden tener en cuenta a la hora de individualizar la pena, las cuales no son desconocidas por el acusado, así se desprende de toda la prueba practicada.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 5.1. En el quinto motivo se invoca infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incorrecta aplicación de los artículos 66 y 68 del Código Penal. Falta de proporcionalidad.

Denuncia el recurrente que los criterios de motivación de la determinación punitiva cuando no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (art. 66.6 CP) son las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, debiendo haber apreciado, por tanto, que se trata de una persona sin antecedentes penales en el caso de Dª Angelica .

5.2. La STS 962/2009 expone que reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias, expresada en el artículo 120.3 de la Constitución, comprende la extensión de la pena. El Código Penal, en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta.

Sólo cuando el órgano judicial sentenciador omita todo razonamiento sobre la proporcionalidad de la pena adecuada o acuda, en su función individualizadora, a argumentos o razones absurdas o arbitrarias, podría ser corregido el arbitrio ejercido. Igualmente deberá comprobar esta Sala la acomodación de dicho arbitrio o su apartamiento, a las pautas normativas que la ley establece cuando el Tribunal sentenciador deba ajustarse a las mismas. La individualización corresponde al tribunal de instancia, de forma que el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o hay establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (STS 552/2017, de 12 de julio).

5.3. En el caso, tal y como indica el tribunal de instancia, la pena se encuentra sobradamente individualizada y motivada.

En concreto, tras indicar que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, resulta de aplicación el art. 66 núm. 1. 6ª del Código Penal, que permite recorrer en toda la extensión de la pena de prisión -de dos a seis años-, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

En primer lugar, efectivamente, la Sala tiene en cuenta para ambos acusados la citada gravedad del hecho poniendo de relieve la ideación, preparación y forma de ejecutarse, y también el valor de los objetos sustraídos que " *supera notablemente la especial gravedad que califica el robo en 33 veces la cantidad que se fija en iguales circunstancias para los delitos de estafa y apropiación indebida y el agotamiento del delito, dado que no se ha recuperado ninguna de las botellas sustraídas.*"

Además, tiene en cuenta el valor histórico de una de las botellas sustraídas, que como hemos dicho en el anterior FD, en todo momento ha sido conocido por la defensa, al margen de que no se aprecie la correspondiente circunstancia agravante específica porque no fue objeto de acusación, pero ello entiende, con acierto la Sala, que no impide valorarla a la hora de fijar la extensión de la pena.

En segundo lugar, tiene en cuenta las circunstancias personales de los acusados, y acuerda, con respecto a Javier , que aunque no se aprecia la agravante de reincidencia, ha sido condenado por varios delitos contra el patrimonio y por la comisión de hechos similares que se desprende del relato fáctico, por ello le impone a Javier la pena solicitada por el Ministerio Fiscal de cuatro años y seis meses de prisión y a Angelica , una pena inferior, al no concurrir las citadas condenas, la pena de cuatro años de prisión.

En definitiva, no se aprecia el déficit de motivación, ni razones que justifiquen modificar la determinación de la pena que ha efectuado el Tribunal de instancia en el ámbito de las facultades que como tal le incumben, habiendo explicado la razón de la pena que se impone, que se encuentra dentro del marco legal.

El motivo no puede prosperar.

SEXTO.- En el último motivo se alega infracción de ley del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 123 del Código Penal.

Se queja el recurrente del hecho de haber incluido en el pronunciamiento de la condena el abono de las cosas del actor civil, la aseguradora Reale Seguros Generales S.A. cuando ello no ha sido motivado en ninguna de las dos sentencias, como si de la acusación particular se tratara, sin serlo.



Como ya dijimos en la sentencia 575/2019, de 25 de noviembre, si un motivo no se reclama en el previo recurso de apelación se trata de una queja entablada *per saltum*. Ello, por sí, constituye causa de inadmisión. No pueden introducirse en casación razones de impugnación no hechas valer en apelación. Solo es viable una queja contra la sentencia de instancia si antes se ha defendido en la apelación. El silencio sobre ese extremo en la segunda instancia lo expulsa del debate de forma definitiva.

Recientemente esta Sala en la sentencia 345/2020, de 25 de junio, tras el Pleno celebrado al respecto el día 23 de junio de 2020, hicimos constar que "Esta pauta interpretativa es antigua y citaremos por su claridad la argumentación que sobre esta cuestión se hizo en la STS 707 de 26 de abril de 2002, en la que se puede leer: "Este criterio 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 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.

No nos consta que el recurrente planteara esta cuestión en la apelación previa al recurso de casación, pues ninguna referencia a ello hace la sentencia recurrida, lo que implica que no fue planteada la queja, y si el tribunal no hubiera dado respuesta, lo procedente hubiera sido utilizar el remedio previsto en los arts. 161.7 LECrim y 267.7 LOPJ (Sentencia 648/2018, de 14 de diciembre).

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- Procede imponer a los recurrentes las costas causadas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

NO HABER a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Angelica y Javier , contra Sentencia nº 7/2023, de fecha 11 de mayo de 2023 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Civil y Penal, en el Procedimiento Rollo de Apelación penal nº 14/2023; con imposición de las costas causadas a los recurrentes.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.