

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 777/2013, de 7 de octubre de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10448/2013

SUMARIO:

Diligencias sumariales. Reconocimientos. Derecho a la intimidad. *Obtención de muestras corporales para la investigación del delito.* La obtención de la colilla es por sí misma una diligencia inocua que no afecta a derecho fundamental alguno. Lo que incide en derechos fundamentales sería una intervención corporal (que aquí no se ha producido); y, en su caso, la obtención de los marcadores de ADN. En consecuencia: a) La recogida de muestras por parte de la policía con el fin de un examen biológico cuando se hace sin necesidad de intervención corporal no afecta por sí a derecho fundamental alguno, lo que hace que no sea imprescindible la autorización judicial. b) En lo que es el análisis de esa muestra a fin de identificar el ADN nos movemos en un plano superior en que podrían ser idealmente aconsejables mayores exigencias. Existe ya una cierta incidencia en la intimidad que tendrá un nivel inferior cuando el análisis, como es lo habitual, se limita a los indicadores meramente identificadores y muy agresivo si se extendiese a todo el mapa genético (lo que en principio ha de considerarse contrario a la Constitución por violación del principio de proporcionalidad). ¿Es necesaria la autorización judicial? Hay razones para plantearse la conveniencia de ese requisito, pero ni de la Constitución puede deducirse necesariamente su exigencia, ni la ley ha optado, por imponerlo. De exigirse esa habilitación judicial, a la vista del estado de la cuestión en la ley y en la jurisprudencia, eso no podría determinar en modo alguno la nulidad de esa prueba en este caso; y c) En un tercer escalón que ha de ser tratado con mayor rigor se sitúa lo que es la comparación de ese ADN meramente identificador no con una muestra obtenida de unos hechos respecto de los que el afectado aparece como sospechoso por existir determinados indicios frente a él, sino de forma indiscriminada (inclusión en la base de datos). Visto el carácter y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, se ha de considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto de la vida privada de las personas concernidas. El hecho de que los perfiles de ADN proporcionen un medio de descubrir las relaciones genéticas que pueden existir entre personas, es suficiente en sí para concluir que su conservación constituye un atentado contra el derecho a la vida privada de tales personas.

PRECEPTOS:



www.civil-mercantil.com

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 20.6, 21, 62, 66.2, 139 y 179.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 5 y 264.

Constitución Española, arts. 18.1 y 24.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 282, 326, 363 y 770.3.

Ley Orgánica 2/1986 (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), art. 11.1.

Ley Orgánica 10/2007 (Base de Datos Policial de Identificadores Obtenidos a partir del ADN), art. 25.1 y disp. adic. tercera.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Octubre de dos mil trece.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por Romualdo , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó al recurrente como autor responsable de un delito de agresión sexual, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. González Sánchez. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. Cuatro de los de Palma de Mallorca instruyó Sumario con el nº 3/2008, contra Romualdo , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. Primera) que, con fecha cuatro de febrero de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<<En atención a las pruebas practicadas en el plenario, procede declarar probado que el procesado Romualdo , mayor de edad, en cuanto nacido el día NUM001 de 1981 en



Marruecos, con NIE NUM002 , con residencia legal en España, sin antecedentes penales, privado de libertad por esta causa desde el día 29 de julio de 2011, sobre las 04.00 y las 05:25 horas del día 30 de mayo de 2008, se encontraba en el interior del portal de la CALLE000 , EDIFICIO000 , escalera nº NUM003 , cuando entró en el portal Clara , quien al subir por las escaleras notó la presencia del acusado a sus espaldas. Romualdo entabló conversación con Clara , y tras entregarle un cigarro que le pidió, subió con él hasta la planta de su domicilio habiéndole comentado el acusado que en el edificio vivían unos amigos suyos e iba a despertarles. Romualdo comentó a Clara que era de Canarias y que trabajaba en un bar en Magalluf. Clara abrió la puerta del domicilio y colocó la llave en la cerradura por la parte interior. El acusado le propuso entrar en el domicilio, negándose Clara que le comentó que había amigos suyos en el interior. El acusado le propinó un puñetazo en la cara, agarrándola del pelo y arrastrándola momentáneamente escaleras abajo, le tapó la boca con la mano y le expresó a través de un susurro para que guardase silencio advirtiéndola que de lo contrario la mataba.

Acto seguido La introdujo a la fuerza en el domicilio y cerró con llave la puerta. Llevó a Clara a la zona del balcón de la casa, bajándose los pantalones y agarrándola del pelo la conminó a hacerle una felación. Clara paralizada de miedo y con sangre en la boca se negó, no accediendo a lo solicitado. El acusado llegó a introducir su pene en la boca de Clara . Clara en estado de estupor y presa del pánico se defecó encima.

Romualdo llevó a la fuerza a Clara al cuarto de baño y la obligó a desnudarse y ducharse, así como a limpiarse la sangre de la boca. Recorrieron el pasillo y al comprobar que no habla nadie en el dormitorio, la obligó a entrar dentro y tumbarse en la cama, y tras forcejear y continuar amedrentándola con actitud agresiva verbal y física, tras realizar tocamientos y comportamientos de naturaleza sexual que no han podido ser determinados, acabó penetrándola en la vagina. El acusado eyaculó en el abdomen de Clara .

Inmediatamente, con ánimo de acabar con su vida, se abalanzó sobre Clara asfixiándola presionándole el cuello con las manos hasta que después de vencer su resistencia perdió el conocimiento. Con un cuchillo que no ha podido determinarse su procedencia, y con igual intención de darla muerte, hirió a Clara en el pecho mientras estaba inconsciente por la pérdida de oxígeno por asfixia. Clara recobró el conocimiento e intentó levantarse resbalándose, dándose cuenta que había sangre en el suelo y en su pecho. En ese momento Romualdo volvió a entrar en la habitación ordenando a Clara a gritos para que volviera a la cama. La obligó a ponerse de cara a la pared impidiéndola ver qué hacía.



www.civil-mercantil.com

Romualdo salió de la habitación retornando instantes después y puso a Clara el cuchillo en el cuello con ánimo de atemorizarla. Se lo clavó lentamente. Clara en pánico comenzó a gritar, llamándole la atención el sonido de burbujas en su pecho al respirar. Asustada calló. Romualdo salió del dormitorio. Clara se hizo la muerta, intentando no moverse para que los pulmones no hicieran ruido por la sangre de la herida, permaneciendo en ese estado hasta que creyó que el acusado había abandonado el domicilio. Luego salió a la calle desnuda y agarrada y tapándose con una almohada pidió ayuda antes de desplomarse en el suelo. Fue trasladada en ambulancia al Hospital Universitario Don Dureta donde fue atendida de urgencia y derivada a la unidad de cirugía torácica en la que de inmediato fue tratada por riesgo vital.

Al salir del edificio Romualdo se deshizo de su camiseta que estaba ensangrentada arrojándola en un contenedor cercano, que posteriormente fue hallada por la Policía Judicial en la inspección ocular.

En la sábana recogida por la Policía Judicial en el lugar de los hechos y en la camiseta hallada en el contenedor próximo que fue arrojada por Romualdo, había manchas de sangre y otros restos orgánicos con su perfil genético de ADN, así como perfil genético de su persona en calidad de contribuyente con el perfil genético de Clara en la mezcla de perfiles genéticos encontrados en la misma sábana por el Servicio de Criminalística de la Guardia Civil.

Clara fue atendida en el hospital por un traumatismo facial con hematomas periorbitales bilaterales, fractura de huesos propios de la nariz y fractura de la pared lateral del seno maxilar izquierdo, así como por una herida penetrante en cavidad torácica a nivel de cuarto espacio intercostal con hemo neumotórax y neumomediastino, y herida inciso punzante supraescapular izquierda, en el músculo trapecio a nivel de la base del cuello.

Clara además de una primera asistencia facultativa en el hospital, precisó de un diagnóstico médico de las lesiones y derivación a la unidad de cirugía torácica, drenaje torácico para evacuar el hemotórax, cura, desinfección y sutura de heridas, antibióticoterapia y reposo hospitalario y domiciliario con control médico evolutivo. Precizando para lograr la estabilidad lesional de sesenta días, de los cuales diez de estancia hospitalaria, treinta de incapacidad impositiva y veinte días de incapacidad no impositiva para la realización de sus actividades habituales. Padeciendo una secuela estética consistente en cicatrices en tórax y región supraclavicular izquierda.

En su declaración en el Plenario Clara renunció a ser indemnizada civilmente por los daños y perjuicios derivados del hecho punible.



Romualdo en el momento de cometer los hechos, no tenía alterada sus facultades volitivas o intelectivas a consecuencia de su grave adicción al consumo de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o alcohol, ni por una alteración psíquica por un brote de psicosis maníaca y estadios de personalidad bipolar>>.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Romualdo , como autor responsable de un DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL, consistente en acceso carnal por vía vaginal y bucal, previsto y penado en el artículo 179 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y como autor criminalmente responsable de un DELITO DE ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA, previsto y penado en el artículo 139 del Código Penal , en relación con los artículos 16 y 62, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de DOCE AÑOS DE FRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. así como al pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, le serán de abono los días de privación de libertad sufridos por la presente causa.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previéndolas que la misma no es firme y contra ella podrán interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, recurso que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la notificación.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos>>.

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por Romualdo , que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:



www.civil-mercantil.com

Motivos aducidos en nombre de Romualdo .

Motivo primero .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la intimidad del art. 18 CE . Motivo segundo .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantía. Motivo tercero. - Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a un procedimiento con todas las garantías en relación con la valoración de la declaración prestada por el recurrente en el juzgado. Motivo cuarto .- Al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Motivo quinto .- Al amparo del art. 849.2 LECrim , por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos de prueba.

Cuarto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, impugnando todos los motivos del recurso ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Quinto.

Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día uno de octubre de dos mil trece.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En un primer motivo se queja el recurrente por la vulneración del derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 CE , afectación que se habría producido por la obtención y posterior análisis de la muestra personal indubitada de ADN sin su consentimiento y sin autorización judicial. Anudada a tal vulneración aparecerían otras afectantes al derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). La causa iniciada tras la denuncia estaba sobreeséda provisionalmente. Era necesaria autorización judicial para la recogida y, singularmente, para el análisis de la muestra que se extrajo de la colilla de un cigarrillo arrojada por el acusado. La averiguación de su perfil genético es actuación que incide en su intimidad por lo que necesitaría aval jurisdiccional, o, en su defecto, convalidación judicial por parte del Instructor.



Era imprescindible constitucionalmente, en la estimación del recurrente, que el Juez encargado de la investigación ponderase los indicios existentes frente al sospechoso para decidir sobre la proporcionalidad y necesidad tanto de la recogida subrepticia de esa muestra como especialmente de un análisis que invadía su intimidad.

Hace notar el Fiscal con razón que no se ajusta a la realidad la afirmación de que la causa estuviese sobreseída. Desde el día 18 de mayo de 2010 (folios 157 y 158) se había procedido a su reapertura a fin de llevar a cabo diligencias relacionadas con los soportes digitales de unas cámaras de videovigilancia públicas. La insistencia del recurrente en su escrito de contestación en ese punto no se explica si no es por un disculpable error.

De cualquier forma, aunque el procedimiento judicial permaneciese sobreseído, eso no dejaría de ser, a lo sumo y si concurriesen ciertas condiciones, una irregularidad sin mayor alcance. Un sobreseimiento provisional por no haberse averiguado la identidad del autor no excluye, antes bien se impone y a veces se hace expresamente, que la policía continúe la práctica de gestiones encaminadas a lograr esa identificación, de forma que de aparecer datos aptos para nuevas diligencias judiciales habrán de comunicarse al Juzgado para la reapertura. Lo acepta el recurrente en su extenso y bien construido recurso. La cuestión no estriba en decidir si el procedimiento había o no de estar reaperturado oficialmente, sino de delimitar espacios funcionales de la investigación policial y el ámbito estrictamente acotado por lo jurisdiccional.

Así pues, el procedimiento estaba abierto. Pero aunque fuese de otra forma, no habría razones derivadas de esa circunstancia para extraer con consecuencias invalidantes o anulatorias. El tema es otro.

Segundo.

La obtención de la colilla es por sí misma una diligencia inocua que no afecta a derecho fundamental alguno. Lo que incide en derechos fundamentales sería una intervención corporal (que aquí no se ha producido); y, en su caso, la obtención de los marcadores de ADN, lo que examinaremos después.

La STS 685/2010 de 7 de julio que invoca el Fiscal resuelve claramente la cuestión en sentido negativo para la pretensión del recurrente:

"Respecto de las posibles irregularidades en la obtención de las muestras de ADN, originadas -según la defensa- por la ausencia de autorización judicial para la recogida de los efectos personales que se hallaban en el interior de la mochila, no existen tales. Y es que la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de



la LECrim , ha sido ya resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre , 701/2006, 27 de junio , 949/2004 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre , son sólo muestras más que significativas. Esta tesis era plenamente congruente con el art. 126 de la CE , que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim , que faculta a la Policía Judicial para "... recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial". Se trata, en definitiva, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim atribuyen a la Policial Judicial y que el art 11.1.g de la LO. 2/1986 , 13 de marzo, otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Juzgador y al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas.

Esta interpretación jurisprudencial, que buscaba integrar la estricta literalidad de los arts. 326 y 363 de la LECrim con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, 8 de octubre. En su Disposición Adicional 3ª -a la que el propio texto adjudica el carácter de ley orgánica- se establece que "...para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Tercero.



Al igual que la disposición adicional de la LO 10/2007 que acaba de transcribirse el art. 363 LECrim se refiere a actos de "inspección, reconocimiento o intervención corporal". El vocablo corporal califica a los tres sustantivos que la preceden y no solo a la intervención. Se está aludiendo a la inspección corporal, al reconocimiento corporal y a la intervención corporal. Otra lectura, gramaticalmente posible, llevaría a concluir que la recogida de muestras biológicas fuera del propio cuerpo (registro de un lugar para recoger colillas o prendas de vestir con restos biológicos) exigiría lo mismo que una intervención corporal: una resolución judicial motivada y estrictamente ajustada al principio de proporcionalidad. No puede ser así. El acopio de esas muestras ya desligadas del cuerpo en el que tienen su origen -aunque su finalidad sea igualmente la averiguación del ADN- encuentra cobertura en otro precepto: el art. 326 LECrim, que también se vio afectado por la reforma que dió nueva redacción al art. 363 al añadiendo un párrafo segundo que está pensando precisamente en la obtención de esas muestras:

«Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al Médico Forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282.»

La Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 10/2007 confirma ese entendimiento.

Es verdad que no han estado siempre las cosas tan claras para una jurisprudencia en la que aparecieron aisladas resoluciones sosteniendo la tesis contraria. Ahora bien, esa estricta exégesis está ya abandonada.

Antes de la reforma, la STS 1512/2003, de 5 de noviembre admitió la validez de la recogida realizada por la policía de la sangre que el procesado echaba por una comisura de la boca, fruto de las lesiones causadas en una caída autoprovocada, y que había sido limpiada con un algodón. Toda la actuación de los agentes -dice la sentencia- consistió en la recogida de algo que ya estaba en el exterior, como en el caso de manchas en una camisa o de restos en el suelo.

La STS 501/2005, de 19 de abril volvió a enfrentarse a la cuestión con pretensiones de establecimiento de criterios generales y con apartamiento de la mayor flexibilidad de sus precedentes. Un agente de la policía -que luego testificaría en juicio- recogió con un hisopo los restos (un esputo) hallados en la celda que ocupaba el imputado por de pertenencia a un comando terrorista. La sentencia señala que las normas procesales imponen al juez la



obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, salvo que por razones de urgencia pueda actuar directamente la policía. Y concluye que no había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial. Hubiese sido precisa una autorización judicial previa. Se añade que tampoco se había pedido autorización judicial para ordenar la prueba de ADN. Este precedente avalaría la pretensión del recurrente.

La posterior STS 1311/2005, de 14 de octubre desestimó, sin embargo, las quejas en un supuesto paralelo: la Policía había recogido un esputo que un detenido lanzó al salir de la celda lo que se reputó legítimo: "No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subrepticia derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal. En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial".

Más adelante, se entra en el debate sobre la afectación de la intimidad : "se denuncia la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no solo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna. Es más, la Orden de 2 de Septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal ".



www.civil-mercantil.com

Esta argumentación es clave en el asunto que ahora analizamos, como se verá.

Con el propósito de unificar esas llamativas divergencias el Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda debatió el tema alumbrándose el Acuerdo no jurisdiccional de 31 de enero de 2006 adoptado al amparo del art. 264 LOPJ . Se suscribió la tesis menos exigente: "La Policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". El criterio ha sido refrendado por múltiples resoluciones posteriores: entre otras, SSTs 179/2006, de 4 de febrero o 355/2006, de 20 de marzo o Autos 551/2006, de 13 de febrero y 821/2006, de 8 de marzo .

En la primera de las sentencias que se acaban de citar se razona así: "... Es sabido que el ADN útil a efectos forenses resulta ser de ámbito no codificante, es decir, no aparecen en tal analítica ni se descubren enfermedades u otros datos sensibles para el individuo. A pesar de ello -insisten los recurrentes- en que el análisis limitado al ámbito no codificante incide en el derecho a la intimidad por cuanto: - no puede excluirse en un futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante. - existe la posibilidad y riesgo de posibles abusos y excesos.

El motivo protesta exclusivamente por la procedencia y admisibilidad de esta prueba en nuestro derecho en razón a los riesgos que ofrece de divulgación de informaciones personales sensibles. Los recurrentes no tachan de irregular la recogida de muestras, sino la utilización en el proceso por los riesgos futuros de desvelar datos personales sensibles de la persona.

La garantía de que tales temores carecen de fundamento viene impuesta y se halla asegurada por lo siguiente: 1) los propios recurrentes reconocen que en materia de investigación policial los análisis se ciñen a desvelar el ADN no codificante con exclusivos fines identificadores, a diferencia de los análisis realizados en el ámbito de la medicina con objetivos investigadores o terapéuticos. 2) en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal, nº 15 de 13 de diciembre de 1999 se prevé un alto nivel de medidas de seguridad, desarrolladas en los reglamentos correspondientes, así como las disposiciones autonómicas, concretamente la orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior del País Vasco que regula los ficheros automatizados de datos de carácter personal, que sucedió a su equivalente normativo (Orden de 16 de mayo de 1996, del mismo Departamento). 3) tanto en una disposición como en otra, que fue norte y guía de la actuación de la policía autonómica vasca, existen preceptos que garantizan que los datos de carácter personal registrados en los ficheros automatizados sólo serán utilizados para los fines expresamente previstos y por personal debidamente autorizado, asegurando en todo caso la confidencialidad, seguridad e integridad de los mismos



mediante la implantación de medidas conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.

En atención a todo lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al "habeas data" está injustificado (...) Lo que nunca puede excluirse es que cualquier persona pueda infringir la ley, en cuyo caso estaría sujeto a las correspondientes sanciones penales o disciplinarias que fueran pertinentes. Pero esa eventualidad en nada afecta a la prueba practicada y a la recogida y conservación de las muestras genéticas, que en ningún aspecto atacan al derecho fundamental contemplado en el art. 18-1 C.E ...". "...Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial. En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en "res nullius" y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos".

Había muy buenas razones para dirigir la investigación frente al luego procesado y ahora recurrente; ninguna injerencia en derechos fundamentales precisada de autorización judicial se realizaba recogiendo esa colilla. Las sospechas justificaban esa línea de investigación concretada en vigilancias y seguimientos, fruto de las cuales fue la obtención de ese resto de un cigarrillo.

La mera recogida por sí misma no roza ningún derecho fundamental.

Queda así zanjada la cuestión de la legitimidad de la inicial actuación policial: se establecen vigilancias y en una de ellas consiguen ese vestigio. Concurrían datos relevantes que alimentaban las sospechas y hacían aconsejables, prudentes y hasta necesarios esos seguimientos (son reflejados en la sentencia: perfil físico coincidente, zona de trabajo, origen de la camiseta abandonada -Canarias-, presunta procedencia ... Cuando surge la oportunidad de obtener un vestigio relevante para la investigación -se contaba con el perfil genético del autor no identificado-, se aprovecha. No se precisaba para ello autorización judicial. A lo más, como razonadamente argumenta en algún pasaje la sentencia de instancia, podría hablarse de una mera irregularidad que no tiene alcance invalidante y sólo podría enturbiar la "autenticidad" de la actuación, que, aquí no queda ensombrecida, como se verá.

Cuarto.

Ahora bien, donde enfatiza más el recurrente es en la realización del análisis químico sin el respaldo de la autoridad judicial. Esa identificación del ADN afecta a la intimidad y por tanto



www.civil-mercantil.com

requería una intervención judicial convalidante (ex ante o al menos, ex post), según se razona. Demos un paso más para testar la corrección legal y constitucional del análisis de la muestra sin intervención judicial. La ley no impone explícitamente como inexcusable una habilitación judicial previa.

Que ese análisis de la muestra biológica afecta a la intimidad no puede suscitar dudas, aunque se limite a los datos meramente identificadores. Si las suscitase quedan disipadas con la lectura de algunos pasajes de la STEDH 2008/104 (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2008 a la que luego aludiremos más en extenso.

¿Es necesario que toda medida que afecte o pueda afectar a un derecho fundamental sea siempre acordada por un Juez? La respuesta no puede ser rotundamente afirmativas, por más que en ocasiones se puedan leer poco meditadas aseveraciones en ese sentido. Hay casos en que puede hacerlo la Policía Judicial de propia autoridad. En muchos supuestos -no todos- si concurre un consentimiento libre (por ejemplo, una exploración radiológica). En otros, incluso coactivamente (cacheos externos). No puede proclamarse precipitadamente el monopolio jurisdiccional como requisito indispensable de toda afectación de un derecho fundamental: la legitimidad constitucional de la detención policial es prueba clara de lo que se afirma. Ni siquiera sería totalmente exacto afirmar que ese es el principio general, solo excepcionado cuando la ley autorice a la policía expresamente . Actuaciones como la obligación a expulsar unas bolsas de la boca (STS de 25 de enero de 1993) o la toma de huellas dactilares (STS de 12 de abril de 1992) pueden resultar admisibles sin necesidad de una previa validación judicial ni de una ley específica habilitante. Será necesaria la previa intervención judicial cuando la Constitución o las Leyes así lo exijan (registros domiciliarios, interceptación de comunicaciones). La afectación de un derecho fundamental por sí sola no es argumento siempre suficiente para postular como presupuesto imprescindible la previa autorización judicial salvo explícita habilitación legal (vid SSTC 206/2007, de 29 de septiembre , ó 142/2012, de 2 de junio , citadas por recurrente y Audiencia respectivamente). Que una actuación pueda menoscabar la intimidad -registro de una maleta o unos papeles- no significa a priori y como afirmación axiomática que no pueda ser acordada por autoridades diferentes de la jurisdiccional. La jurisdiccionalidad es exigible en algunos casos; en otros, no. Por eso la constatación de la incidencia de la medida -análisis químico- en la intimidad no comporta automáticamente previa habilitación judicial inexcusable. Como no necesita autorización judicial el interrogatorio de un testigo por la policía a fin de averiguar datos precisos para una investigación, aunque haya afectación de la privacidad propia o de otras personas (preguntar sobre alguna de sus actividades, si el interrogado estuvo con determinada persona, tipo de relaciones mantenidas con ella...). No es que se quiera equiparar uno y otro tipo de diligencias.



Es obvio que no son equiparables. Esta consideración se hace a los únicos efectos de destacar que no es legal ni constitucionalmente correcta la ecuación afectación de la intimidad-necesidad inexcusable de previa habilitación judicial. La incidencia en la privacidad no lleva a cuestionar que pueda recibirse declaración a un testigo por la policía como medio de averiguación del delito, sin necesidad de previa autorización judicial motivada, ni de ningún otro requisito especial. Ni siquiera cuando ese interrogatorio, por exigencias de la investigación, conduce a adentrarse en reductos más sensibles de la privacidad.

Cosa diferente es que sea exigencia inherente a la medida aquí examinada que el análisis se ciña a lo indispensable a efectos de investigación -perfil genético, ADN no codificante o, mejor, meramente identificador-. Excesos posteriores o usos espurios o desviados de esa finalidad no evaporan la legitimidad del análisis aunque pueden hacer conveniente o aconsejable que el legislador establezca garantías, incluida una eventual intervención jurisdiccional. Piénsese -sirva de nuevo el ejemplo aunque algo de hiperbólico en él- en las preguntas realizadas a un testigo. Han de limitarse a las necesarias a efectos de investigación. Podrán ser impertinentes si se refieren a cuestiones íntimas cuyo conocimiento es inútil para la averiguación del delito, pero tampoco podrá extremarse la conclusión hasta el punto de entender que si la Policía las hizo o el Juez en actuaciones posteriores y jurisdiccionales no las impide se esté lesionando de forma tan relevante el derecho fundamental a la intimidad que arrastre la nulidad de toda la declaración. Si se accede a que un testigo conteste preguntas innecesarias para los fines del proceso penal, que pueden suponer, por tanto, revelar sin causa suficiente aspectos de la intimidad del afectado, esa incorrección, que afecta a un derecho fundamental, no arrastra la nulidad del conjunto del testimonio.

La referencia del art. 363.2 al principio de proporcionalidad permite inferir que la información a obtener mediante el ADN ha de ser exclusivamente la destinada a la identificación, es decir, la denominada "huella genética" -que puede corresponderse con el análisis de unos marcadores neutrales dentro del ADN- y no la obtención de todo el "mapa genético". Éste proporcionaría datos de extrema sensibilidad que no coadyuvan a los fines del proceso penal y que obviamente afectan a la esfera de la intimidad. Aquí se ha respetado tal premisa. El análisis del ADN se ha ceñido a marcadores meramente identificadores, sin alcanzar a otro tipo de información. Cuando se buscaron informaciones adicionales, se acudió al Juzgado que dictó un proveído al efecto.

Quinto.



La sentencia analiza con detalle, rigor y profundidad el estado legal -en absoluto diáfano- de la cuestión sobre si la policía por sí puede recabar ese análisis. Llega a la compartible conclusión de que en la Ley Orgánica 10/2007, de ocho de octubre es un "sobrentendido".

Literalmente, como apunta el recurrente al tratar de combatir el informe del Fiscal, no es esa conclusión que se extraiga directamente de la ley (en particular, de su art. 5.1 no se deriva eso). Pero sí indirectamente: como remarca la Audiencia la toma de muestras autorizada por la Disposición Adicional Tercera está preordenada legalmente al análisis. Escindir el régimen de una y otro no se colige ni de esa norma ni del Acuerdo de esta Sala. Entender que la doctrina de esta Sala no exige autorización judicial para la obtención del vestigio cuando no comporta intervención corporal y sin razones de urgencia y, sin embargo, sí la requiera para la identificación del ADN no codificante a los únicos fines del cotejo "uno contra uno" no guarda coherencia. La citada Ley 10/2007 parece partir de ese presupuesto: facultad para obtener la muestra implica facultad para el análisis. Aunque es cierto, y la objeción es seria, que hay una diferencia sensible entre la obtención de la muestra y el análisis (éste incide en la intimidad) que podría justificar un régimen distinto. Además la toma de muestras prevista en el cuerpo de la citada ley y el acceso a las bases de ADN se hace siempre con conocimiento del afectado cuando no son muestras anónimas, por lo que tampoco es un argumento definitivo la mención de la Ley Orgánica 10/2007.

En todo caso, es preciso apresurarse a aclarar que afirmar la posibilidad de obtención del perfil para su cotejo con una muestra concreta anónima por existir sospechas fundadas, no significa que el perfil así obtenido y atribuido al sospechoso pueda incorporarse sin más a la Base de Datos. En absoluto.

El Tribunal de instancia tras un meritorio estudio de los temas implicados en el que hace repaso a la jurisprudencia con cita de algunas de las resoluciones a las que también se ha aludido aquí, concluye que la actuación policial no adolece de vicio alguno que pudiera determinar su nulidad, basándose, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Según el preámbulo de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en su redacción, "como no podría ser de otra manera, se ha tenido en cuenta los criterios que, sobre la protección de los derechos fundamentales en la obtención de pruebas a partir de los perfiles de ADN, ha venido conformando el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias como la 207/1996, de 16 de diciembre ". Y así, regulándose en el artículo 4 los tipos de datos inscribibles en las bases de datos policiales, el Preámbulo de la Ley sostiene que "contiene una salvaguardia muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración del derecho a la intimidad, puesto que



sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto -la misma que ofrece una huella dactilar- y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética". Así las cosas, su Disposición Adicional Tercera, -que goza de carácter de Ley Orgánica según la Disposición Final Segunda al igual que la redacción del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducido por Ley Orgánica 15/2003-, bajo la rúbrica de "Obtención de muestras biológicas" establece que "Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a del artículo 3, (sólo delitos graves y, en todo caso los que afecten a la vida o a la libertad sexual como sucede en este caso), la Policía Judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Esta norma proveniente de 2007 ya reiteradamente aludida, hasta cierto punto aclara, perfila -o incluso si se quiere, modifica- lo que había establecido el legislador en 2003 (arts. 326 y 363 LECrim). Si la literalidad de esos dos preceptos parecería ser más proclive a la imposición de la intervención judicial, la disposición adicional comentada, que juega en el razonamiento de la Sala de instancia un protagonismo decisivo, permite deducir:

- a) Que no es necesario ser "imputado" para realizar actuaciones encaminadas a obtener muestras para determinar el perfil genético. Ya la reforma de 2003 se refería al "sospechoso" lo que es ahora reiterado, como un nivel inferior a la imputación formal. Como se ha dicho antes, no cabe duda del peso de las sospechas que apuntaban al recurrente como posible autor.
- b) Que el régimen ha de ser diferente según se precise o no un reconocimiento o intervención corporal. Solo en este caso se requiere autorización judicial.
- c) Que a la lógica de la disposición es inherente el consiguiente análisis, como complemento natural de esa recogida de muestras, sin exigirse autorización judicial explícita.

No se oculta la necesidad de una normativa que sea más clara y, si se quiere, incluso, más exigente ante medidas que potencialmente encierran una enorme potencialidad intrusiva. Lo insinúa también la Audiencia Provincial al hilo de su discurso. Desde luego que ese análisis ajeno a la intervención judicial y que se mueve en espacios puramente policiales, sin perjuicio de la inexcusable obligación de información posterior al Instructor, ha de mantenerse al



www.civil-mercantil.com

margen de la base de datos: solo cabrá su empleo en el cotejo de "uno contra uno" referido al caso específico en que han surgido las sospechas que justificaban la toma de la muestra.

La Audiencia razona que la Ley sugiere una "predeterminación legal del análisis" :

" Ante la clara reserva jurisdiccional que se vislumbra de los arts. 326 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la obtención de muestras biológicas del "sospechoso", introducidos por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, atenuada por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS y la jurisprudencia formada a su amparo. Dada la posibilidad que contempla la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 10/2007 de que en caso de no requerirse inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, aún sin consentimiento del afectado, la toma de muestras se realice por la Policía Judicial sin acotarse que sólo procedería por razones de urgencia o necesidad como tradicionalmente había sostenido la jurisprudencia, o en caso de una inspección ocular como prevé el artículo 282 LECRIM por remisión del artículo 326 LECRIM poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial, sino en cualquier momento y no sólo respecto a detenidos o imputados, sino inclusive sospechosos, sin contemplarse en la LO 10/2007 ni en la LECRIM una autorización judicial posterior para la realización del análisis correspondiente...

...La Sala, es consciente que la toma por parte de la Policía Judicial de muestras y fluidos de sospechosos, detenidos o imputados sin necesidad de intervención corporal, al objeto de ser analizados y extraer del ADN identificadores que proporcionen exclusivamente información genética relativa a la identidad y sexo de la persona, en el marco de una investigación de un delito especialmente grave, podría ser conforme con la Constitución. Especialmente si se tiene presente la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/2012, de 2 de julio de 2012 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 2012)., que en su Fundamento Jurídico Tercero, dispone: "cabe recordar que este Tribunal ha señalado que si bien, de conformidad con el art. 18.3 CE , la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en el art. 18.1 CE esa misma garantía de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal, de modo que excepcionalmente se ha admitido la legitimidad constitucional de que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal la policía judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad" (por todas, STC 281/2006, de 9 de octubre , FJ 9).

Desde luego, de conformidad con esta Doctrina, teniendo presente que de conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , los "Jueces y Tribunales"... "interpretarán y aplicarán las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme



a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", no realizándose intervención corporal que demandase previa autorización judicial, y la innecesaridad de autorización judicial para el análisis posterior en tanto la toma de la muestra ya está preordenada legalmente, salvaguardándose el derecho a la intimidad al sólo inscribirse identificadores del perfil de ADN relativos a la identificación y sexo de la persona, ante la previsión legal contenida en la LO 10/2007, dada necesidad y la proporcionalidad por la levedad de la injerencia y su idoneidad para la investigación criminal, la toma de muestra realizada por la Policía Judicial al sospechoso debiera reputarse conforme a Derecho. Llegándose a señalar por la STS nº 179/2006 , que en nuestra legislación, quedan bien diferenciadas las diligencias de obtención de muestras para la práctica de ADN del cuerpo del sospechoso de aquéllas otras relacionadas con el análisis de ADN en la investigación penal, en las que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación de derechos fundamentales.

Ahora bien, en el supuesto del presente enjuiciamiento en el que la obtención de la colilla sin autorización judicial se reputa por la Defensa del acusado vulneradora de derechos fundamentales, debe tenerse presente que la toma de la muestra o saliva del sospechoso impregnada en la colilla, tiene lugar en cumplimiento de las funciones de la Policía Judicial de perseguir y averiguar los delitos públicos o semiprivados en caso de cumplirse el requisito de perseguibilidad de denuncia, en concreto de un delito de asesinato en grado de tentativa y al menos dos agresiones sexuales con acceso carnal, y la toma de la muestra de saliva del sospechoso se hace en un lugar público y sin intervención corporal directa. Motivo por el cual, la actuación ordenada a los agentes de la Guardia Civil por los mandos de la investigación tras la localización del sospechoso, se realizó con estricto respecto a la legalidad vigente, en cuanto en el momento de la obtención de la muestra e, incluso del hecho criminal, estaba en vigor la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la Base de Datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Cuya Disposición Adicional Tercera ...

... Podría ser discutible, habida cuenta que la obtención de la colilla no tiene lugar en una inspección ocular en el lugar del delito, sino en el marco de una investigación policial y no concurrían razones estrictas de urgencia, si hubiera debido procederse con carácter previo a recabar la autorización judicial para la toma de la muestra. No para su análisis, en tanto una vez recogida la muestra, el análisis para la extracción de los identificadores relativos a la identificación del sujeto y sexo está preordenado legalmente por la LO 10/2007, sin requerir autorización judicial. Todo ello, a los efectos que el Juez de Instrucción valorase con arreglo a los indicios facilitados por la Policía Judicial la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida y evitar la posibilidad de que se articulase en la práctica una inquisición general contra



el ciudadano ante la toma masiva e indiscriminada de muestras biológicas por los funcionarios de la Policía Judicial, como así parece apuntar la voluntad del Legislador ante la redacción del anteproyecto de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Sin embargo, aunque en este supuesto fuera discutible, en modo alguno con arreglo a la jurisprudencia habría nulidad de actuaciones. No hay que olvidar, que el hecho que la finalidad de las pruebas biológicas de ADN esté preordenado a la obtención de identificadores relativos a la información genética sobre la identidad y sexo, si no elimina toda vulneración al derecho a la intimidad personal, al menos la atenúa, en tanto será exclusivamente formal, ante un eventual mal uso de otras informaciones genéticas ajenas a la investigación criminal cuya tutela tiene lugar a través de otros procedimientos seguidos ante el Organismo competente, estatal o autonómico, resultando ajeno a la actividad probatoria en un proceso penal. Y en este sentido, no vulnerada intimidad corporal alguna en tanto la obtención de la colilla no precisó de intervención corporal, aún en el supuesto de considerarse, -dado que la obtención de la muestra del sospechoso no tuvo lugar en una inspección ocular-, que fuese necesaria autorización judicial, dada la escasa incidencia en el derecho constitucional a la intimidad personal, a lo sumo formal, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no considera nula la prueba sino irregular...

Sexto.

Han quedado ya sentadas las bases para la desestimación del motivo. Pero se hace necesaria una recopilación, no solo conclusiva, sino también complementadora:

a) La recogida de muestras por parte de la policía con el fin de un examen biológico cuando se hace sin necesidad de intervención corporal no afecta por sí a derecho fundamental alguno, lo que hace que no sea imprescindible la autorización judicial. Constituye temática diferente las consecuencias que para garantizar la autenticidad de la prueba y la eventual incidencia en el derecho a un proceso con todas las garantías puedan arrastrar cuestiones como la ruptura de la cadena de custodia.

b) En lo que es el análisis de esa muestra a fin de identificar el ADN nos movemos en un plano superior en que podrían ser idealmente aconsejables mayores exigencias. Existe ya una cierta incidencia en la intimidad que tendrá un nivel inferior cuando el análisis, como es lo habitual, se limita a los indicadores meramente identificadores y muy agresivo si se extendiese a todo el mapa genético (lo que en principio ha de considerarse contrario a la Constitución por violación del principio de proporcionalidad). ¿Es necesaria la autorización judicial? Hay razones para plantearse la conveniencia de ese requisito, pero ni de la Constitución puede deducirse necesariamente su exigencia, ni la ley ha optado, al menos de forma claramente perceptible,



por imponerlo. Aunque extremando el escrúpulo quisiésemos inducir una regla normativa no explícita pero inherente a la regulación de esta materia a tenor de la cual debería exigirse esa habilitación jurisdiccional, en este caso, a la vista del estado de la cuestión en la ley y en la jurisprudencia, eso no podría determinar en modo alguno la nulidad de esa prueba en este caso (STC 22/2003, de 10 de febrero).

La penumbra legal quería ser zanjada en el decaído Anteproyecto de LECrim de 2011 cuyo art. 263 imponía claramente como alternativa bien el consentimiento del afectado; bien el acuerdo del Juez de Garantías para la comparación de los perfiles de ADN obtenidos en el curso de una investigación con el perfil genético de un sospechoso. El articulado del Borrador de Código Procesal Penal de 2012, sin embargo, parece alentar otras conclusiones diferentes (arts. 287 y 288) a tenor de las cuales podría admitirse el análisis para obtención del perfil genético sin intervención judicial. Estas menciones se hacen solo para ejemplificar lo controvertida que puede ser la cuestión y la defendibilidad de conclusiones no coincidentes.

c) En un tercer escalón que ha de ser tratado con mayor rigor se sitúa lo que es la comparación de ese ADN meramente identificador no con una muestra obtenida de unos hechos respecto de los que el afectado aparece como sospechoso por existir determinados indicios frente a él, sino de forma indiscriminada (inclusión en la base de datos). En ese caso queda comprometido lo que en la jurisprudencia constitucional ha llegado a adquirir el rango de derecho fundamental autónomo: la autodeterminación informativa. En este nivel al ser mayor la incidencia en derechos fundamentales los condicionantes han de incrementarse. Habrá que optar por una interpretación más restrictiva y estar a lo dispuesto en la legislación de 2007 y a las pautas fijadas por la jurisprudencia internacional.

No sobra evocar de nuevo la STEDH 2008\104 (Gran Sala), de 4 diciembre de 2008 (Caso S. y Marper contra Reino Unido). Su lectura arroja enseñanzas sobre la necesidad de esas cautelas y el no desdeñable potencial unitario sobre la intimidad de esas técnicas: " El mero hecho de memorizar datos relativos a la vida privada de una persona constituye una injerencia en el sentido del artículo 8 (Sentencia Leander contra Suecia [TEDH 1987\ 4] de 26 marzo 1987 , ap. 48, serie A núm. 116). Poco importa que la información memorizada se utilice o no posteriormente (Sentencia Amann contra Suiza [TEDH 2000\87] [GS], núm. 27798/1995, ap. 69, TEDH 2000-II). Al margen de su carácter eminentemente personal, el Tribunal señala que las muestras celulares contienen mucha información sensible de la persona, concretamente sobre su salud. Además, las muestras contienen un código genético único de gran importancia tanto para la persona afectada como para los miembros de su familia Visto el carácter y la cantidad de información personal contenida en las muestras celulares, se ha de considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho al respeto de la vida privada de



las personas concernidas. Poco importa que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto (Sentencia Amann [TEDH 2000\87], previamente citada, ap. 69).

En lo que respecta a los perfiles de ADN, el Tribunal señala que contienen menos información personal. Extraídos de muestras celulares, se presentan en forma de código. El Gobierno sostiene que un perfil de ADN no es nada más que una secuencia o un código de barras que contiene información puramente objetiva e irrefutable y que la identificación de una persona sólo se produce en el caso de que concuerde con un perfil contenido en la base de datos. Declara también que, al estar codificada la información en cuestión, se ha de recurrir a la tecnología informática para hacerla inteligible y que sólo un número restringido de personas estaría en condiciones de interpretarla.

75. El Tribunal señala, sin embargo, que los perfiles contienen una cantidad importante de datos de carácter personal únicos. Aunque la información contenida en los perfiles pueda considerarse objetiva e irrefutable, en el sentido en que lo entiende el Gobierno, su tratamiento automatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra. Señala a este respecto que, tal y como confiesa el propio Gobierno, los perfiles de ADN pueden utilizarse -y lo han sido en algunos casos- para efectuar investigaciones familiares al objeto de descubrir un eventual vínculo genético entre personas. El Gobierno reconoce también el carácter altamente sensible de este tipo de investigaciones y la necesidad de ejercer controles muy estrictos en la materia. En opinión del Tribunal, el hecho de que los perfiles de ADN proporcionen un medio de descubrir las relaciones genéticas que pueden existir entre personas (apartado 39 supra) es suficiente en sí para concluir que su conservación constituye un atentado contra el derecho a la vida privada de tales personas. La frecuencia de las investigaciones familiares, las garantías que las rodean y la probabilidad de que sobrevenga un perjuicio en un caso concreto, importa poco a este respecto (Sentencia Amann [TEDH 2000\87], previamente citada, ap. 69). Asimismo, el hecho de que al estar la información codificada, sólo es inteligible con la ayuda de la informática y no puede ser interpretada más que por un número restringido de personas, no modifica en nada esta conclusión.

... El Tribunal ... Recuerda que en este contexto, al igual que en el de las escuchas telefónicas, la vigilancia secreta y la recogida secreta de información, es esencial fijar unas reglas claras y detalladas que rijan el alcance y aplicación de las medidas e impongan un mínimo de exigencias sobre, concretamente, la duración, el almacenamiento, la utilización, el acceso de terceras personas, los procedimientos destinados a preservar la integridad y confidencialidad



de los datos y los procedimientos de destrucción de los mismos, de manera que los justiciables dispongan de unas garantías suficientes contra el riesgo de abuso y arbitrariedad ...

... El Gobierno alega que la conservación sólo podría tener un efecto directo o importante en los demandantes si en el futuro se estableciesen correspondencias con la base de datos que revelaran su implicación en un delito. El Tribunal no suscribe este argumento. Vuelve a afirmar que se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal , cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente (apartado 67 supra).

Como se puede observar hay un cambio cualitativo entre lo que es la obtención del perfil genético para compararlo en una investigación concreta con el atribuible al autor desconocido (uno contra otro), y lo que es la conservación del mismo introduciéndolo en la base de datos.

La sentencia del TEDH que acaba de ser analizada es buen exponente del cúmulo de cuestiones concernidas que se entremezclan en esta materia y que es preciso deslindar. Como lo es también en fechas más recientes el pronunciamiento que el TS de los EEUU ha dictado en materia de bases de datos de ADN: sentencia de 3 de junio de 2013 (caso Maryland v. Alonzo King). Lo apretado de la votación que respaldó el acuerdo mayoritario (5-4 a favor de la constitucionalidad, y emisión de un voto particular) evidencia que la decisión jurídica más adecuada sobre esta nueva constelación de problemas suele ir acompañada de controversia y exige matices y diferenciaciones que nuestra vigente legislación no ofrece con claridad.

Sirvan estos referentes para justificar que diferenciar entre el análisis para un cotejo de uno contra uno y lo que es la conservación de los datos obtenidos tiene una base sólida.

El motivo ha de fenecer.

Séptimo.

También los motivos segundo y tercero han de ser desestimados.

En el segundo se protesta por la no constancia de la cadena de custodia de la muestra consistente en la colilla. No hay motivos para intuir anomalía alguna en esa cadena. Pero, sobre todo, los restos indubitados obtenidos en el registro domiciliario convierten esa cuestión en baladí.

La cadena de custodia sirve para acreditar la "mismidad" del objeto analizado, la correspondencia entre el efecto y el análisis o informe, su autenticidad. No es presupuesto de



validez sino de fiabilidad. Cuando se rompe la cadena de custodia no nos adentramos en el campo de la ilicitud o inutilizabilidad probatoria, sino en el de la menor fiabilidad (menoscabada o incluso aniquilada) por no haberse respetado algunas garantías. Son dos planos distintos. La ilicitud no es subsanable. Otra cosa es que haya pruebas que por su cierta autonomía escapen del efecto contaminador de la vulneración del derecho (desconexión causal o desconexión de antijuricidad). Sin embargo la ausencia de algunas garantías normativas, como pueden ser las reglas que aseguran la cadena de custodia, lo que lleva es a cotejar todo el material probatorio para resolver si han surgido dudas probatorias que siempre han de ser resueltas en favor de la parte pasiva; pero no a descalificar sin más indagaciones ese material probatorio.

Si la ausencia de esas garantías agota su relevancia en su constatación, sin arrojar la más mínima duda, puede valorarse la prueba. Aquí si la identidad genética ha quedado demostrada no solo a través de la colilla (objeto respecto del que se produce esta denuncia) sino también a partir de los efectos indubitados ocupados en la vivienda del procesado, no surge ninguna duda sobre la "mismidad". Colilla y ropas afloran el mismo perfil. No solo de las declaraciones de los agentes, sino también de ese elocuente e inequívoco elemento puede concluirse que la colilla de la que se extrajo el material analizable es precisamente la que se recogió cuando la arrojó el acusado y que no ha sido sustituida o manipulada. Está acreditado que no se ha quebrado la cadena de custodia, aunque no figura una documentación minuciosa detallada y exacta, que no siempre es necesaria, de las vicisitudes en su guarda y transporte y de la identidad de los encargados de su custodia.

Octavo.

En el tercero de los motivos se quiere expulsar del material probatorio valorable la confesión realizada por el acusado en fase de instrucción en sede judicial al entender que estaría contaminada por la nulidad del examen biológico.

Siendo el análisis practicado relativo al ADN correcto y ajustado a la legislación vigente y en todo caso utilizable, no hay cuestión sobre la desconexión de antijuricidad que la Sala de instancia en todo caso con loable afán de exhaustividad y con el mismo esmero, pulcritud, y profundidad que caracterizan toda la sentencia, se esfuerza por analizar de forma correcta. No siendo ilícita la prueba inicial, no pueden serlo las derivadas por su conexión con aquélla.

Noveno.

En el cuarto motivo se invoca el art 5.4 LOPJ para denunciar lo que el recurrente considera una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia. Sería más correcto acudir al art. 852



www.civil-mercantil.com

LECrím. incorporado en el año 2000 a la Ley Procesal Penal para dar una proyección específica en el proceso penal al art. 5.4 LOPJ . El matiz no tiene mayor alcance.

Desde la presunción de inocencia se puede verificar en casación:

- a) la existencia de prueba incriminatoria,
- b) su suficiencia para llegar a un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de que de ella puede deducirse de forma racional y concluyente (con exclusión de hipótesis alternativas igualmente probables) la participación del acusado en los hechos delictivos.
- c) su validez en la doble perspectiva de que haya sido practicada con todas las garantías y de que se haya obtenido sin violación de derechos fundamentales y
- d) su motivación , lo que sirve para testar su suficiencia (es decir la racionalidad del proceso deductivo seguido por el Juzgador y la refutabilidad de otras hipótesis que fuesen igualmente abiertas.

Denuncia y declaraciones de la víctima, y prueba de ADN combinadas con las declaraciones iniciales ante el Juez de Instrucción del acusado no dejan margen alguno para que la presunción de inocencia pueda ser alegada con éxito. El razonamiento a este respecto del Ministerio Fiscal es tan rotundo como inapelable:

"La sentencia hace un profuso análisis de la declaración de la víctima en el fundamento sexto, reconociendo que efectivamente no se cotejó el perfil genético del procesado con el ADN que hubiera podido extraerse de la presencia de antígeno prostático específico (PSA) que indicó la presencia de restos orgánicos de varón, ni con el de los espermetazoides hallados en escaso número en la toma de muestras de los hisopos absominal y vaginal, no existiendo prueba de que los espermatozoides hallados en la vagina perteneciesen al acusado. Sin embargo, otorgó plena credibilidad a la declaración de la víctima no sólo por la sensación de sinceridad de su declaración en el juicio oral, sino dado los datos objetivos que la corroboraban, que a su vez aclaraban y explicaban las contradicciones o divergencias señaladas por la defensa del acusado.

La Guardia Civil tomo declaración a la víctima en dos ocasiones estando ésta en el hospital, una el día 30 de mayo y la otra el día 2 de junio. En la primera la víctima habló de un intento de penetración anal pero omitió toda referencia a la felación, ni a que defecase, ni a que hubiera penetración vaginal en la cama después de obligarla a ducharse. En la segunda no se refirió al intento de penetración anal ni a la felación, pero respondió que hubo penetración, que ella



en ese momento estaba semiinconsciente pero que estaba segura que hubo penetración y que después eyaculó sobre su vientre y la limpió con la sábana.

Cuando el día 4 de junio de 2008 acudió al hospital el Juez de Instrucción, acompañado de la Secretaria Judicial que levantó acta de la declaración, la víctima apreció incorrecciones en la lectura de esas dos declaraciones debido a defectos de traducción, pasando en esencia a relatar los hechos que la sentencia ha declarado probados.

Estas contradicciones tienen su justificación en el estado en que se encontraba la víctima cuando se le recibió declaración en el hospital por los agentes de la Guardia Civil. En la primera prestada a escasas horas de la agresión sufrida se encontraba en la camilla y en la segunda estaba bajo los efectos de la morfina. Esta situación de fuerte impacto emocional por la agresión sufrida y de grave quebranto físico como consecuencia de los golpes y heridas infligidas, explica que su condición psicológica no fuera la más apropiada para prestar declaración, aunque era necesaria para la eficacia de la investigación y exculpa las omisiones, incongruencias y contradicciones en las que hubiera podido incurrir.

No obstante, en su declaración ante el Juez de Instrucción y en el juicio oral su relato del hecho fue semejante, afirmando que al negarse a hacerle una felación, le introdujo el pene en la boca, pero como defecó debido al pánico que sentía, la obligó a ducharse y a lavarse la boca que estaba ensangrentada, después la llevó a la habitación donde la penetró en la vagina, eyaculando en su abdomen".

Si se añade a esas consideraciones que en su declaración ante el Juez de Instrucción el acusado reconoció la penetración y que se acusa y condena por un único delito de agresión sexual se puede dar por agotado el debate sobre presunción de inocencia que introduce el recurrente.

Décimo.

Por fin, a través del art. 849.2º se canaliza un quinto motivo en el que se reclama la base fáctica de una atenuante consistente en un trastorno psíquico con aptitud para llegar al rango de atenuante privilegiada del art. 21.1 (eximente incompleta). Se apunta como documento el informe médico emitido en el año 2008 en el que se diagnosticaron al recurrente brotes psicóticos asociados a su toxicomanía.

Junto a él se enarbola combinadamente el informe pericial basado en un análisis de cabello en el que se detecta consumo de cocaína en los tres meses anteriores a septiembre de 2011.



www.civil-mercantil.com

Los informes no son literosuficientes: distan mucho de acreditar que el 30 de mayo de 2008 el acusado estuviese como consecuencia del consumo de cocaína (lo que no está demostrado) en condiciones tales que supusiesen una alteración relevante de sus facultad psíquica. Las razonadas y razonables conclusiones de la Sala de instancia al respecto no son atacables a través de esos informes periciales que no las contradicen:

" En su calificación alternativa, - explica la Sala de instancia- la Defensa del acusado, para el caso de no estimarse la petición de nulidad y consecuente absolución del acusado, manifestaba que habrían concurrido en la ejecución del hecho las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: a) Circunstancia eximente incompleta del artículo 21, en relación con el artículo 20.2 y 66.2 del Código Penal , por haber cometido los hechos como consecuencia de su grave adicción al consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, así como alcohol; b) Circunstancia eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.1 y 66.2 del Código Penal , como consecuencia de padecer una grave o alteración psíquica que le impedía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión como consecuencia de padecer una psicosis maníaca y estadios de personalidad bipolar diagnosticados de antiguo; c) Circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 del Código Penal en relación con el artículo 21.4 del mismo texto legal como consecuencia de haber confesado los hechos a las autoridades facilitando la investigación de los mismos...

...Los autores del informe del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, declararon por videoconferencia en el acto del juicio oral, manifestando que el resultado positivo de la analítica capilar sólo confirmaba un consumo de cocaína en los últimos tres meses desde la toma de la muestra, que tuvo lugar el 26 de septiembre de 2011, según consta en el folio 312 de las actuaciones, sin que se pueda determinar si el día 30 de mayo de 2008 en que se ejecutaron los hechos Romualdo estaba bajo los efectos de la cocaína. Motivo por el cual, la Sala no considera probado que el día de los hechos, como consecuencia del consumo de cocaína u otras sustancias, el acusado tuviera sus facultades intelectivas alteradas o, en su caso, volitivas por una grave adicción a esas sustancias, ni afectado por el consumo de alcohol, al ni siquiera la víctima apreciar que oliera a alcohol el día de los hechos.

Con fecha 7 de septiembre de 2011 se presentó en el Juzgado de Instrucción escrito de la defensa del acusado, aportando un certificado médico original, con su correspondiente traducción a castellano, del Dr. Licenciado en Medicina Psiquiatría Basilio , así como copias de prescripción de fármacos, (folios 278 a 283), solicitándose que por parte de dos médicos forenses, analizando la documentación y tras examinar personalmente al acusado, emitieran informe. En el citado informe, que consta en los folios 353 a 354, se preguntaba a los Médicos Forenses que determinasen si los fármacos prescritos en la documentación adjunta responden



a los que se prescriben al objeto de tratar enfermedades psiquiátricas en general, particular psicosis o esquizofrenia y la repercusión que puede tener en la persona y la repercusión que tiene en la evolución de la enfermedad el no seguir el tratamiento pautado, así como, que determinasen si el acusado padece alguna enfermedad psiquiátrica relevante desde el punto de vista médico legal que afecte a su capacidad intelectual y volitiva, así como la influencia que la ingesta de sustancias estupefacientes.

En el citado informe, consta que los fármacos Ludiomil se emplea para el tratamiento de la depresión y las distimias, el Stilnox para el insomnio, el Depakine para tratar pacientes con impulsividad y en la presentación Crono en el tratamiento de episodios maníacos asociados al trastorno bipolar y el Tegretol para tratamientos de la epilepsia, la manía y la profilaxis del trastorno maniaco-depresivo o bipolar, la neuralgia del trigémino y el síndrome de abstinencia alcohólico.

Los médicos forenses autores del informe que depusieron en el Plenario, aún recalando que no podían documental aportada relativa al informe de un médico de Marruecos, que no fue ratificado en el acto del juicio oral, que estuviera descompensado por un brote maniático. Manifestaron que no podían afirmar la existencia de un trastorno bipolar, en tanto lo habitual es que tenga que haber continuidad en el trastorno y según la información de Instituciones Penitenciarias en los meses de privación de libertad provisional no ha habido ni tratamiento ni sintomatología. Debiendo resaltarse que el propietario del restaurante Tom Browns, Sr. Íñigo , en cuya actividad comercial estaba dado de alta en la Seguridad Social en la época de los hechos, declaró que en la temporada de 2008 en que Romualdo estuvo trabajando para él, no percibió que consumiera drogas y aunque resaltó que no era un experto, manifestó que "yo le vi como un trabajador normal, disfrutando de la vida". Por estos motivos, la Sala no aprecia la concurrencia de la eximente incompleta solicitada, no considerándose que el acusado tuviera sus facultades volitivas o intelectivas alteradas en el momento de cometer los hechos".

Como se comprueba al examinar esta larga explicación, el motivo es inviable:

a) El recurrente razona en términos hipotéticos lo que es prueba de la falta de literosuficiencia de los informes. Se pone eso de manifiesto especialmente en el escrito de contestación al dictamen del Ministerio Público que argumenta aduciendo que "también sería posible otra conclusión" .

b) La Sala explica de manera convincente por qué los informes ni son concluyentes, ni permiten entender acreditado el sustrato factual que reclamaría el atenuante.



www.civil-mercantil.com

c) Existen pruebas que militan en contra de los que el recurrente pretende deducir de los informes.

El motivo queda sepultado por la clara e irrefutable argumentación de la Sala.

Undécimo.

El recurrente ha de cargar con las costas al desestimarse íntegramente su recurso (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Romualdo , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida contra el mismo por un delito de agresión sexual, condenando al recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquin Gimenez Garcia Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.