



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 948/2013, de 10 de diciembre de 2013*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 10342/2013*

## SUMARIO:

**Prueba. Denegación. ADN. Base de datos policial. Garantías.** A efectos de prueba, el perfil genético que se obtiene sobre el contraste de unas muestras obtenidas con la base de datos policial sobre identificadores, es válido sin que sea necesario un test de fiabilidad, lo que no impide que el acusado puede impugnar el resultado esa presunción «iuris tantum» del perfil genético obtenido; pero eso debe hacerse en fase de instrucción con otras pruebas de contraste. La casación de la sentencia en este punto se basa fundamentalmente en la inadecuada motivación de la denegación de la prueba. La falta de fiabilidad de la declaración de la víctima y el cuestionamiento permanente de la toma de muestras y del resultado de la prueba de contraste, permiten casar la sentencia porque se ha vulnerado el derecho de defensa al privar al acusado de una prueba relevante para la identificación. La duda posee entidad suficiente como para no enervar la presunción de inocencia y considerar impropia la valoración efectuada por la Sala de la Audiencia.

## PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74.1, 77 y 179.

Constitución Española, art. 24.2.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 5.4.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**PONENTE:**

*Don Cándido Conde-Pumpido Touron.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende, interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Camilo contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de fecha diez y ocho de enero de 2013 , en causa seguida al mismo, por delitos de allanamiento de morada, continuado de agresión sexual y robo con violencia e intimidación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal, estando dicho recurrente representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. Vera Conde Ballesteros.

**I. ANTECEDENTES**

**Primero.**

El Juzgado Mixto num. 2 de Loja (Granada), instruyó Sumario con el num. 17/2012, y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, que con fecha 18 de enero de 2013, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

"De las pruebas practicadas en el acto de juicio oral, valoradas en conciencia, resulta probado y así se declara que sobre las 3:30 horas del día 28 de octubre de 2.008, el acusado Camilo , mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, violentó la cerradura de la puerta de acceso a la vivienda de Vanesa , nacida el día NUM000 de 1.949, sita en la CALLE000 num. NUM001 de Alhama de Granada. Una vez en la vivienda, en la que se encontraba su titular, el acusado se colocó en la puerta del dormitorio de Vanesa y le impidió salir del mismo, la sujetó por la cintura y la tiró sobre la cama, en la que, con propósito libidinoso, le bajó el pantalón de pijama y la ropa interior que vestía Vanesa , y le penetró vaginalmente al tiempo que le tapaba la boca para que no gritase o pidiese auxilio. Una vez que eyaculó, exigió a Vanesa 10 euros, diciéndole que la mataría si no se los daba, y como Vanesa se negó manifestándole que no tenía 10 euros, el acusado le arrebató de un tirón la cadena que llevaba al cuello y le sacó un anillo de oro de uno de sus dedos, dirigiéndose a otras dependencias de la vivienda. Momentos después, el acusado regresó hacia el dormitorio de Vanesa , donde tras decirle "¿quieres otra vez?" la cogió del brazo con fuerza y la tumbó de en la cama, donde le bajó nuevamente el pantalón de pijama y las bragas y la penetró vaginalmente hasta eyacular. Seguidamente, abandonó el domicilio de Vanesa .

Como consecuencia de estos hechos, Vanesa resultó con leves lesiones que solo precisaron una primera asistencia facultativa. Tardó en curar de las mismas cinco días, sin impedimento.

Los desperfectos causados en la puerta de entrada han sido valorados en 450 euros y los efectos sustraídos en la suma de 434,36 euros".

#### **Segundo.**

La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS: "Que debemos condenar y condenamos a Camilo , como autor penalmente responsable de un delito de allanamiento de morada previsto y penado en el art. 202,1 del CP , cometido como medio para la comisión de un delito de continuado de agresión sexual previsto en el art. 179, en relación con los arts. 74 y 77 del Código Penal ; y de un delito de robo con violencia e intimidación previsto y penado en el art. 242.1 del Código, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a las penas siguientes: por el primer delito, la de nueve años y seis meses de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; por



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

el segundo delito, la de dos años de prisión, con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena al pago de las costas procesales causadas incluidas las de la acusación particular y a que indemnice a Vanesa en las cantidades siguientes: 9.000 euros por el daño moral ocasionado, 450 euros por los daños ocasionados en la vivienda y 434,61 euros por los efectos sustraídos. Se declara de abono para el cumplimiento de la condena el periodo de privación de libertad preventivamente sufrido en la presente causa".

#### **Tercero.**

Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso contra la misma recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por la representación del recurrente 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.

#### **Cuarto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Camilo formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española . SEGUNDO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española . TERCERO: Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J ., por vulneración del derecho constitucional a utilizar los medios pertinentes para la defensa del art. 24.2 de la Constitución Española . CUARTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del art. 74.1 del Código penal . QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del artículo 179 del Código Penal . SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del art. 242.1 del Código Penal . SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida inaplicación del art. 242.3 del Código Penal . OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del art. 326 de la L.E.Crim . NOVENO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida aplicación del art. 363 de la L.E.Crim . DÉCIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim ., por indebida aplicación de la Ley Orgánica de 8 de octubre de 2007, reguladora de la base de datos policiales sobre



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

identificadores obtenidos a partir de ADN, artículos 3 , 5 y 6. UNDÉCIMO: Error en la apreciación de la prueba conforme al artículo 849.2º de la L.E.Crim . DUODÉCIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 L.E.Crim ., al haberse denegado una diligencia de prueba que se considere pertinente.

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, expresó su conformidad con la resolución del mismo sin celebración de vista y lo impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el 26 de noviembre pasado.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La sentencia impugnada, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 18 de enero de 2013 , condenó al recurrente como autor de diversos delitos. Frente a ella se alza el presente recurso fundado en doce motivos, por vulneración constitucional, quebrantamiento de forma e infracción de ley.

El primero y el tercero de los motivos de recurso, que por su íntima relación deben ser resueltos conjuntamente, se formulan al amparo del art 5 4º de la LOPJ , en relación con el art 24 CE , por vulneración del derecho a utilizar los medios necesarios para la defensa. Junto a ellos, y básicamente con el mismo fundamento, se formula el duodécimo motivo, por quebrantamiento de forma, al amparo del art 850 1º, que denuncia denegación de prueba.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Comenzando por este motivo, muy relacionado con el derecho de defensa que le sirve de fundamento, se denuncia en el mismo al amparo del art. 850 1º de la Lecrim . la denegación de una diligencia de prueba que, propuesta en tiempo y forma por la defensa, se considera pertinente, consistente, según el escrito de calificación provisional, en prueba pericial para que, en primer lugar, se tomasen muestras biológicas del acusado para obtener su ADN, y, en segundo lugar, para que dichas muestras fuesen remitidas, parte al Servicio de Química del Instituto Nacional de Toxicología de Sevilla a fin de que fuesen contrastadas con las muestras que constan en dicho Instituto sobre la compatibilidad entre el ADN del acusado y el de la víctima, y parte al Servicio de Criminología de la Guardia Civil para que fuesen contrastadas con el perfil genético del semen encontrado en un edredón en el lugar de los hechos.

Alega la parte recurrente que la prueba de ADN se solicitó en tres ocasiones, primero en escrito ante el Juzgado de Instrucción, segundo por escrito presentado ante la Audiencia Provincial en la fase intermedia y en tercer lugar en el escrito de calificación y proposición de pruebas, siendo denegada en todas las ocasiones, pese a su relevancia. Consta que la condena se fundó precisamente en una prueba de ADN anterior, que la parte recurrente ha impugnado, en primer lugar por las irregularidades cometidas en la supuesta obtención de las muestras genéticas del perjudicado en un proceso anterior, obtención de la que no hay constancia documental, con una clara ruptura de la cadena de custodia, y en segundo lugar porque no consta en esta obtención de muestras obrante en otro proceso la información al detenido de los derechos derivados de la inclusión de datos en las bases del SECRIM, conforme al art 3 1 b) de la Ley orgánica de 8 de octubre de 2007 . Se añade, además, como fundamento de la impugnación, falta de fiscalización jurisdiccional, pues el Juzgado ni siquiera fue informado de la toma de muestras y que existen errores en las conclusiones, confundiendo unos restos con otros.

#### **Segundo.**

Para resolver el presente recurso debemos efectuar una serie de consideraciones previas, en primer lugar sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE ) y en segundo lugar sobre la prueba de ADN.

En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa ( art. 24.2 CE ) la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos ( STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio ):



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ,].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial ( SSTC 1/1996, de 15 de enero , y 70/2002, de 3 de abril , por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida ( SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre ).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril ).

f) Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia ( SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre ).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución ( Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

modificación del sentido del fallo ( SSTC 73/2001, de 26 de marzo , 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril , entre otras).

### **Tercero.**

En relación con la prueba de ADN nuestra reciente STS núm. 709/2013, de 10 de octubre , establece una detallada doctrina de la que se puede destacar:

a) En primer lugar, en lo que se refiere a la normativa de aplicación , ha de recordarse que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, establece en su Art. 3. 1 . que se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos:

"1) Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y , en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual ... La inscripción en la base de datos policial de los identificadores obtenidos a partir del ADN a que se refiere este apartado, no precisará el consentimiento del afectado, el cual será informado por escrito de todos los derechos que le asisten respecto a la inclusión en dicha base, quedando constancia de ello en el procedimiento. 2) Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento ."

Asimismo, añade la Disposición Adicional Tercera, que "para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 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".

Por su parte, la Lecrim, dispone en su art. 282 que " la Policía Judicial... tiene la obligación de...recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial ...". Y en su art. 326, apartado tercero, que " 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 art 282 ."

Y el art. 363, párrafo segundo precisa que " siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o incorporación temporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad ".

Como nos recuerda la STS 7 de julio de 2010, núm. 685/2010, 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, de 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, 949/2006, 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas.

b) Clarificada la normativa relativa a la toma de muestras y su inclusión en la base de datos, es necesario asimismo clarificar las garantías que en dicha toma de muestras han de respetarse .

Resulta evidente la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que "... resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

1) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

2) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

3) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ , colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados".

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías ( arts. 17.3 y 24. 2 CE ). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la Lecrim .

c) Y, en tercer lugar, en relación con la práctica de la prueba en el proceso penal , hemos declarado en SSTs. 827/2011 de 14 de julio y 880/2011 de 26 de julio , que la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico, cuando el perfil genético de contraste se



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado.

Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse a la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial.

Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre . La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación ( STS 709/2013, de 10 de octubre ) .

Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción iuris tantum que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-, sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción.

Por tanto, esta Sala señala que efectivamente, el acusado puede impugnar o negar la validez del acceso a esa base de datos de esa reseña genética indubitada, el cual, como acabamos de señalar, con arreglo a la LO. 10/2007 de 8.10, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, solo puede tener lugar previo consentimiento del imputado con la correspondiente asistencia letrada o a falta de éste y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial.

Puede en consecuencia la defensa del imputado solicitar se traiga al proceso el expediente de incorporación de su reseña genética a esa Base de Datos de ADN de interés criminal (ADNIC). La presunción de veracidad existe, pero es una presunción "iuris tantum", de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

forma que el imputado puede acreditar en el procedimiento la ilicitud del acceso de esa reseña genética indubitada a la indicada Base de datos -por ejemplo por no existir asistencia letrada en el consentimiento del imputado o por no existir, en su defecto, autorización judicial- ( STS 709/2013, de 10 de octubre ).

d) y, en este momento debemos añadir que la prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de la causa anterior.

Sin embargo dicha prueba no puede considerarse suficiente, a los efectos de justificar la denegación de la prueba solicitada por la defensa, por innecesaria, cuando el propio acusado cuestione sus resultados y solicite expresamente, en uso de su derecho de defensa, la práctica de la prueba en el proceso actual, ofreciéndose para la toma de muestras. En este caso no se aprecia razón alguna para que la prueba de ADN, manifiestamente decisiva y solicitada por el propio acusado , no se practique en la causa enjuiciada, con todas las garantías, control judicial y participación de las partes, en lo que sea procedente, y sea sustituida por un simple contraste realizado sobre la base de una toma de muestras procedente de una causa anterior. Máxime cuando la posibilidad de error, aunque escasa, no es descartable, y cuando pueden existir vicios que afecten a la toma de muestras precedente, vicios que se podrían subsanar fácilmente atendiendo la solicitud probatoria efectuada por el propio acusado.

Recordemos que la doctrina constitucional considera que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. Es decir, en el caso actual, no se puede fundar la condena en la fiabilidad de los resultados del contraste realizado sobre la toma de muestras anterior, contraste que se pretendía cuestionar por la defensa practicando una nueva prueba sobre una toma de muestras actual, realizada en el propio proceso enjuiciado, cuando esta prueba fue solicitada por la defensa, y reiteradamente denegada.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **Cuarto.**

Veamos, en consecuencia, aplicando la doctrina constitucional sobre el derecho a la prueba y nuestra propia doctrina sobre el motivo casacional previsto en el art 850 1º de la Lecrim ., si concurren los requisitos necesarios para la estimación del motivo.

Analizando estos requisitos, es claro que la prueba fue propuesta en tiempo y forma. En efecto, la prueba de ADN se solicitó en tres ocasiones, ofreciéndose en todo caso el acusado para someterse voluntariamente al proceso de toma de muestras que se estimase necesario.

En primer lugar, se solicitó en escrito de 20 de febrero de 2012 ante el Juzgado de Instrucción, mediante un recurso de reforma contra el auto de conclusión del sumario, recurso que tenía precisamente por objeto la necesidad de realizar esta prueba antes de concluir el sumario, y que fue inadmitido por auto de 27 de febrero de 2012.

En segundo lugar la práctica de la prueba fue nuevamente solicitada, como diligencia sumarial, en el escrito de 27 de junio de 2012, presentado ante la Audiencia Provincial en la fase intermedia, solicitando la revocación del auto de conclusión del sumario precisamente para que se pudiese practicar la prueba de ADN con nuevas muestras, cuestionando las procedentes de la causa anterior, por una larga serie de razones, y ofreciéndose el acusado para someterse voluntariamente a una nueva toma de muestras. Esta pretensión fue desestimada de modo absolutamente inmotivado , en un auto de 29 de junio de 2012, que confirma el auto de conclusión del sumario, y acuerda la apertura del juicio oral sin referencia alguna a la petición de revocación y práctica de nuevas diligencias realizada por la defensa.

Formulado recurso de súplica contra el referido auto, con fecha 3 de julio de 2012, se desestimó por auto de 27 de septiembre de 2012, en el que se considera redundante la prueba por constar ya material genético del acusado en el fichero de ADNIC, considerando que dicho material fue obtenido en condiciones que no permiten dudar de su autenticidad.

Solicitada de nuevo la práctica de la prueba en el escrito de calificación provisional, de 22 de octubre de 2012, fue denegada por auto de 29 de octubre, en el que se admite toda la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas, a excepción de esta prueba pericial de la defensa, por las razones ya expresadas en el auto de 27 de septiembre.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

En consecuencia, se cumple el primero de los requisitos para que prospere el motivo del art 851 1º, dado que la prueba fue propuesta en tiempo y forma.

#### **Quinto.**

El segundo de los requisitos es la pertinencia de la prueba. En efecto el derecho a la prueba no tiene carácter absoluto, y atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas pruebas que sean pertinentes.

En el caso actual la pertinencia de la prueba es indiscutible, y el propio Ministerio Público no la discute. La atribución al acusado de su responsabilidad en los hechos enjuiciados depende, en gran medida, del resultado de la prueba de ADN, por lo que es claro que su práctica no es impertinente.

Dejando al margen, por ahora la motivación de la inadmisión, el siguiente requisito es el carácter decisivo de la prueba. No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa.

En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental el Tribunal constitucional ha exigido que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (lo que concurre en el caso actual, porque la prueba, solicitada por la defensa en tiempo y forma, fue reiteradamente denegada por el Tribunal); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (lo que es evidente concurre en el caso actual, pues la prueba de ADN fue la determinante de la condena).

#### **Sexto.**

En consecuencia, tratándose de una prueba propuesta en tiempo y forma, pertinente y decisiva en términos de defensa, la estimación del motivo depende de determinar si el órgano judicial motivó razonablemente la denegación de la prueba propuesta. El derecho a la prueba resulta vulnerado cuando se inadmiten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o cuando la motivación que se ofrezca resulte



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

insuficiente, o suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

En el caso actual la primera denegación de la prueba realizada por la Audiencia fue absolutamente inmotivada. La segunda y la tercera, que comparten motivación, se justifican por considerar la prueba redundante, al existir en la causa un dictamen elaborado sobre una toma de muestras procedente de una causa anterior.

Ahora bien, ya hemos señalado, que la prueba de ADN derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, es suficiente para la investigación inicial, y puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en la otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de la causa anterior.

En el caso actual no concurre ninguno de dichos requisitos. El acusado no se niega a practicar una toma de muestras actual, con el control jurisdiccional y el carácter contradictorio procedentes, en el ámbito del proceso enjuiciado, sino que por el contrario lo solicita expresamente.

Y, además, la defensa impugna expresamente tanto la fiabilidad de la toma de muestras anterior, como el resultado de la prueba. La parte recurrente denuncia supuestas irregularidades cometidas en la obtención de las muestras genéticas del perjudicado en un proceso anterior, de las que no hay constancia documental, afirmando la ruptura de la cadena de custodia. Denuncia que no consta en esta obtención de muestras obrante en otro proceso la información al detenido de los derechos derivados de la inclusión de datos en las bases del SECRIM, conforme al art 3 1 b) de la Ley orgánica de 8 de octubre de 2007 . Alega, además, la ausencia de fiscalización jurisdiccional, pues el Juzgado ni siquiera fue informado de la toma de muestras y que existen errores en las conclusiones, confundiendo unos restos con otros.

#### **Séptimo.**

No se trata ahora de analizar la concurrencia de estos motivos de impugnación. De lo que se trata es de destacar que dada la absoluta relevancia del resultado de la prueba de ADN para determinar la condena del acusado en este caso, pues la declaración de la víctima es poco



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

fiable dado que no le identificó en el momento de la denuncia, y dado el permanente cuestionamiento de la toma de muestras anterior así como del resultado de la prueba obtenido mediante el contraste con dichas muestras, no se alcanza a comprender el motivo de que la Sala sentenciadora denegara reiteradamente una prueba que, dada su fiabilidad, en caso de practicarse regularmente en este juicio, proporcionaría un resultado definitivo para fundamentar la sentencia, descartando cualquier duda.

Como hemos señalado el acusado fue identificado a través de una investigación basada en las muestras de ADN tomadas con ocasión de un proceso diferente. Cuestiona la fiabilidad de la toma de muestras anterior y se ofrece voluntariamente para una nueva toma de muestras, proponiendo la prueba como propia de forma reiterada. Si efectivamente fuese culpable, es claro que el resultado no le sería favorable, pero de no serlo la prueba podría demostrar fehacientemente su inocencia.

Denegar la prueba, en esta situación, implica privar al acusado de una prueba imprescindible para su defensa, y denegarla sobre la base de que la investigación previa ya se consideraba suficiente, afirmando que una nueva prueba era redundante, porque necesariamente debía proporcionar el mismo resultado desfavorable contra el acusado, constituye un prejuicio contra el mismo pues parte de la base de que el resultado obtenido en la prueba inicial es inamovible, cuando no se puede descartar absolutamente la posibilidad de un error o de un vicio en el proceso anterior de toma de muestras o en la cadena de custodia.

En definitiva, constituye una motivación irracional, denegar la prueba por el hecho de que ya se ha practicado una anterior, fuera del proceso, y que se encuentra impugnada, cuando era la propia defensa la que la pedía y su resultado podía ser determinante de la absolución. Y una vulneración del derecho constitucional de defensa, denegar la prueba con la que se pretende invalidar el resultado de un dictamen anterior, y condenar precisamente porque no se ha podido invalidar dicho dictamen.

Procede, por todo ello, la estimación del motivo de recurso por quebrantamiento de forma, reponiendo las actuaciones al momento de dictar el auto de admisión de pruebas, para que se admita la pericial sexta propuesta por la defensa (más pericial), en los términos por dicha parte interesados, continuando después la tramitación de la causa conforme a derecho, declarando las costas de oficio.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### III. FALLO

Debemos estimar y estimamos el motivo de recurso por quebrantamiento de forma, por denegación de prueba, casando y anulando la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de fecha diez y ocho de enero de 2013 , en el recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por Camilo en causa seguida al mismo, por delitos de allanamiento de morada, continuado de agresión sexual y robo con violencia e intimidación, reponiendo las actuaciones al momento de dictar el auto de admisión de pruebas, para que se admita la pericial sexta propuesta por la defensa (más pericial) , en los términos por dicha parte interesados, continuando después la tramitación de la causa conforme a derecho, declarando las costas de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron , 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.