

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 827/2011 de 25 octubre.

RESUMEN

El Tribunal Supremo establece que se debe requerir asistencia letrada para la obtención de ADN si esta exige un acto de intervención corporal y el sospechoso está detenido.

I. ANTECEDENTES

Primero

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción número 2 de Carballo, instruyó sumario número 2/2009, contra Eutimio y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Segunda) rollo (procedimiento abreviado número 10/2010-J que, con fecha 14 de febrero de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El acusado Eutimio, D.N.I. NUM000, mayor de edad, nacido el 24-03-1978, sobre las 9:30 horas del día 07 de marzo de 2009 se encontraba en la zona de acceso al establecimiento denominado "Tejanos" sito en la C/ Fomento de la localidad de Carballo (A Coruña). Sobre esa misma hora llegó al lugar la testigo protegida NUM001, nacida en el año 86 y empleada del establecimiento el cual iba a abrir al público. Tan pronto la testigo abrió la puerta del establecimiento, el procesado accedió al interior solicitándole unos pantalones y diciéndole que se los quería probar. La testigo protegida se dirigió con él a los probadores para encender las luces y colocar bien las alfombrillas del suelo y el procesado sin más sacó de entre sus ropas una navaja de unos 15 cms. Tipo mariposa y se la colocó en el cuello de la testigo protegida.

Fueron a un cuarto pequeño donde la testigo protegido nº NUM002 guardaba las llaves y el bolso y que es un baño, le pidió las llaves de la puerta y le dijo que se quedase allí y él fue a cerrar la puerta y a apagar las luces, volvió hacia la testigo protegido nº NUM001 y la llevó a la caja, siempre con la navaja, cogió los billetes de la caja y la volvió a coger a ella llevándola detrás donde están los probadores, volviendo a tirar con fuerza de ella, obligándola a entrar en el interior de uno de los probadores e impidiendo la salida de la misma ya que se colocó delante de ella, tras lo cual comenzó a hablarle de cuestiones personales, momento en que cerró l (sic) navaja y le devolvió el dinero que previamente le había sustraído.

Luego el procesado, con la intención y ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales, comenzó a tocarla por la cara y los brazos tras lo cual la desnudó y se desnudó él, abriendo de nuevo la navaja y exhibiéndosela en todo momento muy próxima a cuerpo de la testigo protegida. El procesado le ordenó a la testigo que se sentase encima de la alfombrilla del probador y él se colocó de cuclillas, llegando a tocarle la vagina. El procesado le dijo en varias ocasiones con la intención de amedrentarla "que no se olvidase de que él tenía en la mano la navaja", tras lo cual la agarró con fuerza por la cabeza y le dirigió esta hacia su pene, obligándole a realizar una felación.

Luego el procesado se sentó en el suelo y le ordenó a la testigo protegida que se colocase encima de él penetrándola vaginalmente, tras lo cual la agarró con fuerza por el cuello con una de sus manos, ya que en la otra seguía teniendo la navaja que exhibía y mantenía en todo momento próxima al cuerpo de la testigo, llegando a agachar la

cabeza de la testigo y colocándole el pene en la boca, obligándole a realizarle otra felación.

Acto seguido, el procesado guiado por el mismo impulso erótico insatisfecho la obligó a girarse colocándola de espaldas a él, tras lo cual volvió a penetrarla vaginalmente por segunda vez.

El procesado no utilizó preservativo en las penetraciones vaginales ni en las felaciones y no llegó a eyacular en el interior de la víctima.

Después se vistió el acusado y le puso a la testigo protegida nº NUM002 las botas, los pantalones y las bragas y le entregó la navaja cerrada, le dio un beso en los labios y las llaves, salieron del probador y ella encendió las luces y abrió la puerta de la calle. Estando ella en la entrada de la tienda y él más al interior de la tienda apoyado en una mesa le habló de temas personales.

Los hechos que ocurrieron dentro del probador durante aproximadamente 15 minutos y desde que le dio las llaves hasta que el acusado se fue de la tienda transcurrieron unos 30 minutos más.

Como consecuencia de estos hechos la testigo protegida padece un importante estrés, ansiedad y nerviosismo necesitando seguimiento psicológico por la psicóloga del Centro de información a la Mujer del Concello de Carballo.

El acusado presenta una patobiografía compatible con un trastorno emocional de la personalidad de tipo límite en un grado moderado (enmarcado en una escala de leve-moderado-grave). En el momento de los hechos sabía lo que estaba haciendo y quería hacerlo.

En el momento de ingreso en prisión se le instaura un tratamiento psico-farmacológico que se le fue reduciendo progresivamente y a fecha 24 de junio de 2009 no tenía ningún tratamiento. A dicha fecha ni estaba incluido en ningún programa de mantenimiento con metadona ni lo había solicitado ni en el periodo de tiempo que va de Junio a Septiembre de 2009 el acusado ha consumido de forma repetida heroína, cocaína y sus metabólicos, derivados anfetamínicos, cannabidores y metadona.

El acusado fue condenado en sentencia firme el 24-07-1998 por unos hechos cometidos el 26-12-1996 [...] por un delito de agresión sexual, [...] por un delito de hurto-robo de uso de vehículos a motor y [...] por un delito de detención ilegal. Estuvo en prisión desde los 18 a los 30 años.

[...]

Segundo

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Eutimio, como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.5 del Código Penal con la agravante de reincidencia [...]"

Tercero

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente [...]"

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

I.- La representación legal de Eutimio interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña, que condenó al recurrente como autor de un delito de agresión sexual, previsto y penado en los arts. 178, 179 y 180.5 del CP, concurriendo la agravante de reincidencia [...]

III.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la CE).

Bajo ese enunciado el recurrente aborda tres quejas casacionales, alguna de las cuales habría aconsejado un tratamiento singular y diferenciado en otro epígrafe.

A) La vulneración del derecho a la presunción de inocencia se habría producido a la vista de la insuficiente prueba de cargo tomada en consideración por la Audiencia para formular el juicio de autoría. La condena de Eutimio se habría basado en dos únicas pruebas. La primera, el reconocimiento en rueda del acusado, que estaría afectado por el hecho de que, con anterioridad, se había producido una identificación mediante fotografía en las dependencias policiales. En segundo lugar, una prueba pericial de ADN en la que consta acreditado el origen de las muestras dubitadas empleadas -fueron obtenidas por la Guardia Civil en el lugar de los hechos-, pero no consta el origen de las muestras indubitadas utilizadas para realizar el contraste. Los agentes de la Guardia Civil que depusieron en el plenario explicaron que la muestra supuestamente indubitada había sido obtenida de una prenda de ropa estudiada en otro informe distinto, no realizado por ellos, desconociendo por tanto las circunstancias de aprehensión o procedencia de la citada prenda.

La Sala no acepta el razonamiento de la defensa.

1

.- El juicio de autoría que la Audiencia ha proclamado respecto del recurrente está respaldado por una más que sólida base probatoria. De una parte, tiene por fundamento la declaración de la víctima, que en el acto del juicio oral identificó al acusado sin vacilación ni duda, reiterando así el reconocimiento efectuado en rueda durante la instrucción. Esta diligencia de reconocimiento fue practicada rodeada de cuantas garantías exigen los arts. 369 y ss de la LECrim. La Sala ha procedido al examen de las actuaciones, autorizado por el art. 899 de la LECrim, constatando que se practicaron dos ruedas sucesivas, situando al acusado en diferente lugar, siempre en presencia de Letrado y provocando la misma respuesta en ambos casos, esto es, la identificación sin ningún género de duda por parte de la testigo protegido (folio 123, tomo I).

[...]

La entrega de la navaja empleada por el recurrente -que no ha ejercido su derecho a declarar y, por tanto, a ofrecer una versión alternativa que le sitúe en un lugar distinto de aquel en el que se produjeron los hechos-, encierra otro elemento de corroboración que refuerza la credibilidad del testimonio de la víctima. Si a ello añadimos la coincidencia entre el resultado del análisis de las muestras biológicas de ADN, obtenidas a partir de los restos biológicos identificados por la Policía en el lugar de los hechos, y el perfil genético del acusado, que constaba inscrito en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, la afirmación de la autoría de Eutimio no es

sino el resultado de una apreciación probatoria obtenida conforme a las reglas que disciplinan la valoración racional de la prueba.

[...]

3

.- La defensa añade a su discurso impugnativo las dudas que, a su juicio, suscita el hecho de que el resultado de las pruebas de ADN se obtuviera sin que conste el origen de la muestra indubitada utilizada para contrastar con las que fueron obtenidas en el lugar de los hechos. Razona el motivo que los autores de la pericia reconocieron en el juicio oral que la muestra supuestamente indubitada había sido obtenida de una prenda de ropa estudiada en otro informe distinto no realizado por ellos, desconociendo, por consiguiente, las circunstancias de la intervención y el origen de la citada prenda.

El argumento de la defensa no puede ser compartido por esta Sala.

Conviene hacer una precisión inicial, obligada para no desenfocar el alcance de la crítica formulada por el recurrente. El perfil genético con el que los peritos contrastaron las muestras dubitadas obtenidas en el presente procedimiento -cortina del probador y alfombrilla que se hallaba en el lugar del hecho-, no es otro que el que ya constaba en la base de datos policial sobre identificadores de ADN, regulada por la LO 10/2007, 8 de octubre. En esa base de datos había sido incluido el perfil genético del procesado, que fue condenado con anterioridad por un delito de agresión sexual, para cuya investigación fueron obtenidas muestras biológicas que permitieron su identificación genética y el consiguiente acceso al archivo ya mencionado. Así se desprende con claridad del informe pericial incorporado al folio 243 del tomo II de la presente causa.

Debe quedar claro, en consecuencia, que el contraste de las muestras dubitadas y los preexistentes indicadores genéticos del procesado -pese al hábil argumento de la defensa- no se realizó tomando como referencia unas piezas de convicción procedentes de otro procedimiento. Por el contrario, el cotejo se llevó a cabo entre muestras dubitadas reveladas en el presente proceso y la secuencia genética obrante en el fichero de datos custodiado por el Ministerio del Interior (arts. 1 y 2 LO 10/2007, 8 de octubre).

Es cierto que el Juez de instrucción núm. 2 de Carballo ordenó la práctica de una prueba pericial de identificación de ADN mediante el contraste entre los restos biológicos hallados en el habitáculo en el que se desarrollaron los hechos y las muestras de saliva obtenidas del procesado. Así se desprende del contenido de la resolución obrante al folio 186 del primero de los tomos que integran el sumario. Sin embargo, el informe del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil (folio 243, tomo II), operó sobre el perfil indubitado que constaba en el "... informe 07/2618-01/BI, de fecha 08/07/08, ADN, obtenido de restos orgánicos de una chaqueta de color azul marca <Lee Valley>, muestras / NUM003 , / NUM004 y / NUM005 , relativo a las diligencias previas 13/2007, del Juzgado de instrucción núm. 3 de Carballo (La Coruña), instruidas por un presunto delito de lesiones".

Ello implicó una desviación del objeto de la pericia, tal y como había sido definida por el Juez de instrucción, en cumplimiento de lo previsto en el art. 475 de la LECrim . Sin embargo, el propio Juez que había delimitado los términos del dictamen pericial, exigiendo el contraste entre las muestras dubitadas y la saliva del procesado, aceptó sin reservas el contenido inicial y la metodología del informe pericial, dictando auto de conclusión del sumario y cerrando la investigación sin añadir ni interesar rectificación alguna respecto de la técnica empleada por los peritos de la policía científica. Y esta

Sala, desde luego, no puede formular objeción alguna a la aceptación por el Instructor del informe pericial en los términos en que fue elaborado.

En efecto, 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 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. 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.

4

.- Resulta evidente, pues, 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:

a) 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.

b) 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.

c) 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 .

No es objeto de este recurso determinar las consecuencias de la infracción del derecho de asistencia letrada respecto de los perfiles genéticos que hayan podido incorporarse a la base de datos. El examen de los efectos que esa quiebra podría acarrear, desde el punto de vista probatorio, sólo podrá ser el resultado de la ponderación del caso concreto y de las circunstancias que lo individualicen.

[...]

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Eutimio contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña , en la causa seguida por el delito de agresión sexual [...]