

**Tribunal Supremo. Sentencia núm. 240/2010 de 24 de marzo.**

## **RESUMEN**

**Médico Forense que tras explorar a la víctima recoge sus prendas de vestir y las remite directamente al Instituto Nacional de Toxicología: validez de su actuación. Validez de la prueba obtenida de ADN. Ausencia de ruptura de la cadena de custodia.**

## **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción nº 2 de Orgiva instruyó Sumario con el número 8/2006 contra Gumersindo , y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Granada, cuya Sección Primera, con fecha cinco de junio de dos mil nueve dictó sentencia que contiene los siguientes

### **HECHOS PROBADOS:**

"Sobre las 14 horas del día 11 de julio de 2006 Belén se encontraba en el Bar denominado "Haraicel" de la localidad de Trevélez, provincia de Granada, donde coincidió con el procesado Gumersindo , mayor de edad y sin antecedentes penales quien estaba allí con unos amigos tomando una cerveza y en un momento determinado se le acercó pidiéndole que la llevara en el coche a su casa, a lo que accedió el procesado; seguidamente salieron del local y se subieron ambos en el vehículo del acusado, quien se dirigió a la discoteca llamada "Otro Sitio", donde trabajaba como camarero, y la invitó a entrar en el local, cosa a la que accedió Belén, llevándola a la parte de atrás de la barra, donde le bajó los pantalones y le subió la camisa y el sujetador acariciándole y besando los pechos y a continuación la tumbó en el suelo boca arriba, bajándose él los pantalones y tras colocarse un preservativo en el pene y quitarles las bragas le penetró vaginal y analmente.

Belén padece el Síndrome de Down, lo que le provoca un retraso mental moderado y por resolución de fecha 25 de octubre de 2001, dictado por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, tiene reconocido un grado de minusvalía del 80%".

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

### **FALLO:**

Debemos condenar y condenamos al procesado Gumersindo como autor criminalmente responsable de un delito de abuso sexual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de ocho años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la prohibición de aproximarse y comunicarse con Belén por tiempo de diez años, debiendo mantener una distancia mínima de 500 metros, al pago de las costas procesales causadas, en las que se incluirán las devengadas por la acusación particular y a que indemnice a la mencionada Belén [...]

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

RECURSOS INTERPUESTOS por Gumersindo [...]

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma por el procesado Gumersindo, 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 dicho recurso.

### PRIMERO

En el motivo del mismo ordinal, sirviéndose del cauce procesal previsto en el art. 5 LOPJ y 852 L.E.Cr estima infringido el art. 24-2 de la C.E por haberse vulnerado el derecho a un juicio con todas las garantías e infracción del principio de legalidad, en relación todo ello al art. 11 de la LOPJ .

1. Nos dice **el impugnante que en el acto del juicio oral interesó la nulidad de la prueba de obtención de ADN, concretamente en la fase de recogida de los objetos, que fueron entregados dos días después por el padre de la ofendida, incurriendo en posible contaminación y convirtiéndose en una muestra viciada, en tanto en cuanto no se entrega a la Policía Nacional o a la Guardia Civil, sino al médico forense.** De ese modo se infringen los preceptos previstos para la recogida de muestras con ocasión de la inspección ocular, concretamente los arts. 326 y ss. y 778-3º, reformado por ley 10/2007, ambos de la L.E.Cr. en los que se establece el régimen adecuado para la no afectación de derechos fundamentales.

2. De los términos de la protesta formulada **parece ponerse en entredicho la cadena de custodia.** El Fiscal, al dar respuesta al motivo, relata de forma exhaustiva los pasos seguidos en la práctica de esta prueba decisiva. Aunque minucioso, resulta oportuno reflejar los **hitos seguidos por los objetos soporte de los fluidos que permitieron detectar el ADN correspondiente al acusado que lo delatan como autor del hecho con casi absoluta seguridad.**

Así, en relación a las diligencias judiciales se puede señalar lo siguiente:

a) [...] consta acta de comparecencia del médico forense D. Luis Ángel, comunicando al Juez de guardia de Granada que ha reconocido a Belén en el Hospital Clínico Universitario San Cecilio de la ciudad y emitido el informe clínico de violencia en el que se indica que Belén ha entregado las bragas y camiseta que llevaba el día de la agresión y que remite para su análisis al Instituto Nacional de Toxicología.

b) La actuación de dicho médico forense en el Hospital se produce por mandato judicial ya que el Juzgado acuerda por auto de 13 de julio que acuda el forense al centro hospitalario para examen de la perjudicada y se decreta tal medida porque la doctora Edurne comunica al Juzgado que Belén se presentó en el Hospital Clínico por haber sufrido una agresión sexual como consta en las actuaciones por diligencia de la Sra. Secretaria.

c) Practicadas dichas diligencias por orden del Juzgado de guardia de Granada, se inhibe a favor del Juzgado de instrucción nº 2 de Órgiva (competente para la instrucción del procedimiento) y como consta en el folio 32, el instructor acuerda (auto de 15 de julio de 2006 ) solicitar del Instituto de Medicina Legal que se remitan al Juzgado los informes elaborados por el médico forense D. Luís Ángel e igualmente las ropas u otros objetos que hayan sido materia de análisis así como en un futuro los resultados de las pruebas analíticas. Dicho médico forense informa el 31 de julio al Juzgado que las ropas

y otros objetos que han sido objeto de análisis han sido remitidos al Instituto Nacional de Toxicología.

d) El Instituto Nacional de Toxicología envía al Juzgado informe sobre el resultado del análisis efectuado en la ropa de Belén indicando que en las bragas se ha detectado restos de semen y que las dos prendas se devuelven al Juzgado por si fueran útiles como piezas de convicción, conservándose porciones de las prendas analizadas así como los sedimentos obtenidos de las muestras para su observación microscópica.

e) Una vez que se conoce que en la ropa de Belén hay espermatozoides, el Juzgado acuerda (auto de 18 de mayo) la obtención de muestras biológicas del recurrente y de Belén con objeto de determinar su perfil de ADN. Consta al folio 212 la toma de muestra de saliva de Gumersindo en presencia de la Sra. Secretaria y su letrado se realiza la toma de una muestra de saliva de Belén. En ambos casos la extracción es efectuada por un médico forense y enviadas al Servicio de Biología del Instituto de Toxicología de Sevilla.

f) Dicho Centro remite al Juzgado el informe nº 02454/07 en el que se indica que el perfil genético de los espermatozoides presentes en las bragas de Belén coincide con el de Gumersindo y esa coincidencia es de unos 58 trillones de veces más probable que si procedieran de un individuo al azar de la población.

3. De todo ello se colige que **en modo alguno se ha producido la ruptura de la cadena de custodia. Realmente el recurrente confunde los preceptos de la inspección ocular (art. 326 y 778.3 L.E.Cr.) con la práctica de una prueba sobre fluidos que se hallan contenidos en una prenda íntima de la propiedad de la ofendida, que a requerimiento del forense, el cual a su vez actúa por orden del juez, entrega para su análisis. Cosa distinta es que las bragas hubieran sido habidas en el lugar de los hechos, en cuyo caso la policía judicial que levanta el atestado e inspecciona el lugar debería actuar de conformidad a los preceptos citados por el recurrente, pero ése no era el caso.**

Es de elemental lógica concluir que la mayor garantía de conservación, tratamiento y remisión de una muestra biológica al Laboratorio Oficial de análisis se consigue con más alto grado de profesionalidad y especialización a través de la intervención del médico forense, funcionario adscrito al juzgado, que por la policía judicial, y es por tal razón por la que los preceptos supuestamente infringidos (art. 326 p.3º y 778-3º L.E.Cr) prevén la intervención del médico forense.

Por otra parte el recurrente en ningún momento del proceso trató de impugnar esta prueba, aunque sólo fuera proponiendo para el juicio oral al médico forense que intervino en su recogida para que diera razón de los pasos seguidos y de las garantías observadas. El médico forense se atuvo al protocolo para los "informes clínicos de violencia".

Por todo ello el motivo ha de rechazarse.

## SEGUNDO

En el ordinal correlativo , con amparo procesal en el art. 849-1º L.E.Cr ., se alega infracción de precepto penal de carácter sustantivo, en concreto, la disposición adicional 3ª en relación al art. 326 y ss. de la L.E.Cr sobre la toma de muestras o vestigios para la prueba de ADN.

1. El censurante al desarrollar el motivo comienza afirmando que es "otro modo de plantear el anterior motivo de casación". Insiste en éste en que no habiéndose producido la recogida de muestras de acuerdo con los preceptos que se estiman infringidos al

efectuarse la entrega del soporte en que se hallaran los vestigios, se han debilitado las garantías de la prueba.

2. Como el mismo recurrente consideró el motivo como reiteración del anterior a él debemos remitirnos. De todos modos existe un vicio esencial de planteamiento que haría decaer irremediabilmente la queja planteada. En efecto, el cauce procesal que lo sustenta hace referencia y ampara las infracciones de preceptos penales de carácter sustantivo o normas jurídicas del mismo carácter, se entiende que también de naturaleza sustantiva, y es lo cierto que el art. 326 y disposición adicional tercera que se citan constituyen normas procesales o adjetivas, que no tienen cabida en un motivo por corriente infracción de ley.

El motivo se desestima.

[...]

## SEXTO

En el motivo del mismo número, sirviéndose de igual cauce procesal que los anteriores, al que añade el art. 5-4 LOPJ., reputa vulnerado el derecho a la presunción de inocencia regulado en el art. 24-2 de la C.E.

1. El acusado sostiene que la única prueba para condenar es la declaración de la propia víctima que, a su juicio, se halla contradicha por otras pruebas.

Por una parte los psicólogos no pueden calibrar o valorar el grado de sinceridad o de influenciabilidad de la víctima por parte de otras personas. Por otro lado no existe lesión alguna sugerente de violación física dada la generalidad o inconcreción con que la ofendida describe los hechos. A su vez, no puede pasar desapercibido que modificó en dos ocasiones la denuncia realizada, alegando que era una broma, para luego insistir en mantener los hechos inicialmente denunciados.

Finalmente, existen contradicciones sobre la hora en que la ofendida sale de la discoteca, una vez producidos los abusos sexuales, y tampoco es posible desatender la circunstancia de que sale sola de casa, lleva las llaves de la misma, regresa a altas horas de la noche e incluso llegó a realizar algún estudio de formación profesional. La hermana misma afirmaba que a pesar de sus limitaciones era inteligente.

2. Las afirmaciones del recurrente no pueden tener acogida, ya que algunas no se han probado, como que la ofendida llega a altas horas de la madrugada a casa, ni tampoco las características de los estudios de formación profesional o manualidades, ni el grado de inteligencia. Sí que se acreditó por prueba pericial psicológica que padece un retraso mental moderado.

Frente a tales argumentaciones debemos afirmar que no es cierto -como asegura el recurrente- que la única prueba en que se basó la sentencia de condena fue en el testimonio de la víctima, ya que existieron pruebas complementarias, o si se quiere corroboraciones que reforzaban de modo contundente la versión de aquella.

Es norma general la penuria probatoria existente en esta clase de infracciones que se cometen lejos de la vista de las personas, lo que hace que la prueba determinante sea el testimonio de la ofendida que debe ser analizado escrupulosamente, ya que es parte en el proceso, pide indemnizaciones y es lógico que se muestre agraviada por la agresión sufrida. El Tribunal analizó las declaraciones de ésta y pudo comprobar que agresor y víctima y sus respectivas familias antes de los hechos mantenían magníficas relaciones de vecindad y amistad, por lo que no iba guiada por móviles espurios.

Respecto a los cambios de declaración en el inicio de la causa, el tribunal dio una explicación plausible y aceptable dada la innata bondad de los sujetos afectados por el Síndrome de Down.

Por fin en cuanto a las corroboraciones existentes o pruebas complementarias se pudo contar:

- a) con los vestigios y signos de la reciente desfloración, según el dictamen pericial médico, que detectó un desgarró reciente en el himen de 3 milímetros en mujer virgen.
- b) la exploración médico forense y el dictamen del Instituto Nacional de Toxicología que detectó la presencia de espermatozoides en las bragas que llevaba la ofendida en la fecha de los hechos, que pertenecían al acusado (prueba de ADN).
- c) el testimonio de los agentes que intervinieron en la causa y atestado confeccionado, los cuales detectaron cáscaras de "pipas" en la parte trasera de la barra del bar, hallándose limpio el resto del local, lugar donde la ofendida señaló como de consumación del hecho, coincidiendo estas cáscaras con las existentes en la camiseta que aquélla vestía el día de autos.

3. A la vista de todo lo alegado es incontestable que el tribunal dispuso de pruebas fiables y contundentes que acreditaban la autoría de los hechos denunciados, todas ellas, regularmente obtenidas, se practicaron en el plenario con respeto a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y fueron finalmente objeto de una valoración por parte del tribunal acorde a los principios de la lógica y la experiencia.

El motivo ha de decaer.

[...]

### **III. FALLO**

**QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación del procesado Gumersindo, por estimación del motivo quinto, desestimando el resto de los alegados por el mismo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Primera, con fecha cinco de junio de dos mil nueve.

### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Marzo de dos mil diez.

[...]

### **SEGUNDO**

En orden a la individualización de la pena al no concurrir la cualificación del art. 180.1.3º C.P. en relación al 182.2 C.P., el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la pena que va de 4 a 10 años. Sin embargo la autonomía de la que gozaba la discapacitada y la ausencia de precisiones técnicas psiquiátricas que califiquen adecuadamente la edad mental aproximada de aquélla aconsejan imponer la pena en el límite mínimo de 4 años de prisión.

### **FALLO**

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al procesado Gumersindo, como autor criminalmente responsable de un delito consumado de abuso sexual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 4 AÑOS DE PRISIÓN [...].