

STS núm. 680/2011 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 22 junio.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 11074/2010

RESUMEN

Validez de la utilización de resultado de ADN existente en las Bases Policiales. Vulneración inexistente del derecho a la intimidad personal.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Málaga, incoó el Procedimiento Sumario Ordinario con el nº 5/2010, en cuya causa la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 15/07/2010, que contenía el siguiente Fallo: "Que debemos absolver y absolvemos a Luis Manuel del delito de amenazas del artículo 169-2º del Código Penal del que viene siendo acusado por la acusación particular, declarándose de oficio una tercera parte de las costas, incluidas en igual proporción las de la acusación particular, que puedan haberse causa en el procedimiento.

Que debemos condenar y condenamos al mencionado Luis Manuel, como autor criminalmente responsable de un delito de agresión sexual del artículo 180-1 circunstancia 3ª, en relación con los artículos 178 y 179, del citado Código Penal, y como autor criminalmente responsable de una falta de lesiones del artículo 617-1 del mismo texto legal.

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes Hechos : "Probado y así se declara, que sobre las diecisiete horas del día dos de mayo de dos mil seis, cuando Antonieta , nacida el día 7 de enero de 1.993, con menarquía a los once años y en tratamiento por epilepsia, se encontraba en la calle Arroyo de los Angeles, esquina Paseo de Martiricos, de Málaga, fue abordada por Luis Manuel , nacido el 22 de abril de 1.971 y ejecutoriamente condenado por dos delitos de atentado, un delito de robo, un delito de resistencia y un delito de daños, en sentencias de fechas 17 de mayo de 2.006 (firme el 26 de marzo de 2.007), 22 de marzo de 2007 (firme el 22 de marzo de 2007), 6 de marzo de 2008 (firme el 6 de marzo de 2008) y 27 de marzo de 2008 (firme el 8 de mayo de 2008), quien le preguntó por el lugar de situación de un hospital próximo, lo que le fue informado por la mencionada Antonieta , que siguió caminando, haciéndolo a su lado el referido Luis Manuel, momento éste en que la misma sufrió un crisis epiléptica que le produjo un momento de ausencia y mareos, lo que guiado de un ánimo libidinoso aprovechó el antes citado para cogerla del cuerpo y conducirla en dicho estado a un descampado situado detrás de las dependencias del Servicio de Bomberos sitas en el expresado Paseo de Martiricos, donde la tumbó en el suelo y procedió a allanar la maleza que había en el lugar, actividad ésta en la que se encontraba cuando la

menor citada superó la crisis de ausencia que menoscaba su consciencia, oponiéndose a que el mencionado Luis Manuel la besara y tocara el cuerpo, por lo que éste para vencer su oposición le dió un golpe en la cabeza, tras lo que le arrancó las bragas y penetró vaginalmente.

Asimismo resulta probado y, por tanto, así se declara, que a resultas de los hechos relatados, Antonieta padeció contusión en el labio superior con edema y herida de tres milímetros, de la que curó, tras una primera asistencia facultativa, en tres días, durante los cuales uno estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, y habiéndole provocado además dichos hechos una depresión clínica moderada-severa, con pensamientos recurrente, problemas para conciliar el sueño, pesadillas, miedo a los desconocidos y problemas escolares."(sic)

3.- Notificada la Sentencia a las partes, la representación del acusado Luis Manuel, anunció su propósito de interponer recurso de casación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO

El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 5.4 y 11.1 LOPJ, por infracción del derecho a la intimidad .

1.- El recurrente alega que se logró su identificación a través de la **prueba de ADN**, cuya legalidad y validez discute, en cuanto que no **se obtuvo en el presente procedimiento**, sino en otro **anterior** (Diligencias policiales 411/2006, entregadas en el juzgado de Instrucción de Estella, Navarra y Ejecutoria 244/07 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona) que sirvió para obtener su perfil genético que fue incluido en la base de datos policiales. Y entiende que la extracción de muestras fue nula, no observándose los requisitos establecidos en los arts 363.3 y 326 LECr , y DA 3ª de la LO 10/2007, de 8 de octubre que exigen autorización judicial, mediante auto motivado para la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN.

2.- Ciertamente 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:

a) 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. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento."

No obstante, 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 LECr, dispone en su art. 282 que "la Policía Judicial... tiene la obligación de...recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya 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 7-7-2010, nº 685/2010, la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECr., 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 , 949/2006 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas.

3.- En nuestro caso, el examen de las actuaciones, conforme autoriza el art 899 LECr , revela que, según pusieron de manifiesto los especialistas del Departamento de Biología del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, tanto en su informe nº 07/0410-03/BI, fechado en 29-10-09(fº 381 a 383) y coincidente con el de 27-7-09 (fº 333 a

335), como mediante su declaración en el juicio oral (fº 5 del acta), el día 16-1-07 procedió el Departamento a la apertura del mencionado expediente a petición de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Navarra, conforme a las Diligencias Policiales 411/06 y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Estella/Lizarra.

Igualmente, que en el Departamento se recibieron, como evidencias, dos hisopos impregnados con saliva indubitada de Luis Manuel (NUM000), y que mediante recortes del algodón de cada una de las torundas se obtienen las muestras NUM001 y NUM002.

Y que, el informe concluye que: se ha obtenido el perfil genético de Luis Manuel. Dicho perfil genético se incluye en la base de datos de ADN de Interés Criminal de la Guardia Civil (ADNIC) e INT-SAIP de la Secretaría de Estado de Seguridad. El cotejo en las mismas a día 10/4/09 permite determinar es coincidente con el perfil genético obtenido de muestras remitidas por la Brigada Provincial de Policía Científica de la Comisaría de Málaga, con fecha 8/05/2006, en relación con un presunto delito de agresión sexual, por el que se tramitaron Diligencias Policiales 2805, de fecha 2/05/06, del Servicio de Atención a la Familia de la BPPJ, de las que entiende en Diligencias Previas 3485/2006 -Negociado A, el Juzgado de Instrucción nº 4 de Málaga.

Además, el informe del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, Departamento de Sevilla, de 26-2-010, ratificado en la vista por sus autores (fº 5 del acta) confirma la coincidencia entre los perfiles genéticos comparados del acusado y de la víctima.

4.- Igualmente se evidencia que la Defensa del acusado, en sus conclusiones provisionales, propuso como prueba documental la lectura de todos los folios de las actuaciones, y que se solicitara testimonio de las actuaciones seguidas en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Estella/Lizarra, incoadas a raíz de las diligencias policiales 411/06, y las demás pruebas de las demás partes, aunque las renunciara, entre las que se contaban las periciales de la Policía Científica y del Instituto Nacional de Toxicología, propuestas por el Ministerio Fiscal. Sólo en el juicio oral manifestó con relación a la prueba documental "impugnar los folios 381 y 382, informe o7/014.03/BI".

Así, como indica el Ministerio Fiscal, lo que el recurrente pretende (haciéndolo ahora por primera vez, como "cuestión nueva"), es interesar la nulidad de la obtención de una prueba en un procedimiento judicial distinto del enjuiciado; y además lo hace sobre la presunción de que la misma se realizó de forma ilegal.

Ha de ponerse de manifiesto lo inadecuado de tal pretensión. No se indica razón alguna que arroje ni tan siquiera una sombra de duda sobre la pureza de la obtención de las muestras.

Así las cosas, la presunción debe ser justamente la contraria de la obtenida por el autor del recurso; en principio, y hasta tanto no se demuestre lo contrario -y no se olvide que quien aduzca la irregularidad debe probarla-, las actuaciones efectuadas en el curso de una investigación judicial, deben reputarse legalmente efectuadas.

Dicho de otra manera, no existe la más mínima razón para pensar que la extracción de muestras salivares del acusado, no hubiesen sido expresamente autorizada por el mismo, o en otro caso decretada por el Juez actuante.

Pero es que, en definitiva, lo que cuestiona aquí es la normalidad de las muestras que se utilizan en los **Bancos de Datos** que la Administración ha creado al amparo de la Ley de 13 de Diciembre de 1.999 , que por cierto **establece un importante ámbito de protección en salvaguardia de la intimidad de las personas**, salvo "para la investigación del terrorismo y otros delitos graves".

Es obvio, que tal finalidad no puede servir de excusa para cualquier forma de proceder en la toma de datos e incorporación a los registros creados, pero no lo es menos que las posibles irregularidades cometidas, deberían denunciarse en la forma y manera que allí se establece.

Un supuesto similar al ahora examinado contempló la STS 29-9-2010, nº 854/2010, donde dijo que " frente a lo argumentado por la defensa, ninguna ilicitud apreciamos en la diligencia de toma de saliva del ahora acusado mediante el uso de un hisopo a fin de realizar el oportuno cotejo de ADN .Debemos rechazar la impugnación genérica de las diligencias de prueba relacionadas por la defensa en su escrito de conclusiones provisionales producidas en el oportuno trámite, dado que el principio de buena fe procesal que ha de regir cualquier actuación de las partes (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) exigía especificar las concretas irregularidades. Además, aparte de los extremos analizados, no apreciamos irregularidad alguna en la práctica de ninguna diligencia....".

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

III. FALLO

Debemos declarar y declaramos haber lugar a la desestimación del recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Luis Manuel, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga, de fecha 15 de julio de 2010, en causa seguida por delito de Agresión sexual, y por una falta de Lesiones.