

Obtención de muestras biológicas para determinación de A.D.N.

Criterio jurisprudencial
Sala segunda

Javier Huete Nogueras

INDICE DE SENTENCIAS

- 1.- STS: 501/2005 RC :774/2004 Fecha: 19/04/2005 Pag. 7
Ponente: Joaquín Delgado García
Absolución por no haberse obtenido con las garantías legalmente exigidas, los restos biológicos que sirvieron de muestra indubitada para una prueba pericial de ADN, esencial para condenar al acusado.
- 2.- STS: 1311/2005 RC :739/2005 Fecha: 14/10/2005 Pag. 11
Ponente: José Antonio Martín Pallín
Obtención de datos genéticos de una prenda que se vincula al autor del hecho.
Obtención de muestras de restos de saliva expulsados por el sospechoso.
No es necesaria la intervención judicial para la validez de la prueba
- 3.- STS: 179/2006 RC:566/2005 Fecha: 14/02/2006 Pag. 13
Ponente: José Ramón Soriano Soriano
Práctica de la prueba pericial de ADN.
Requisitos y garantías en su realización.
Doctrina de esta Sala.
Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006
- 4.- STS: 355/2006 RC:1352/2005 Fecha: 20/03/2006 Pag. 18
Ponente: Carlos Granados Pérez
ADN. Recogida de muestras Esputo.
- 5.- STS: 701/2006 RC:1959/2005 Fecha: 27/06/2006 Pag. 19
Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Error de la Sala al valorar el informe pericial de ADN.
Conformidad de las acusaciones con la declaración de nulidad de una prueba.
Pronunciamiento que deviene firme al no poder asumirse por el Tribunal funciones acusatorias.
- 6.- STS: 949/2006 RC:10203/2006 Fecha: 04/10/2006 Pag. 22
Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
ADN. Requisitos y garantías en su realización
Pleno Sala 31.1.2006. Doctrina de la Sala.
- 7.- STS: 968/2006 RC:10274/2006 Fecha: 11/10/2006 Pag. 31
Ponente: Joaquín Giménez García
Protocolo de obtención de la prueba de ADN.
Art. 326 y 363 LECriminal

- | | | | | |
|------|---|---------------|-------------------|---------|
| 8.- | STS: 1267/2006
Ponente: Diego Ramos Gancedo | RC:1352/2006 | Fecha: 20/12/2006 | Pag. 33 |
| 9.- | STS: 940/2007
Ponente: Luis-Román Puerta Luis | RC:10205/2007 | Fecha: 07/11/2007 | Pag. 34 |
| 10.- | STS: 1062/2007
Ponente: José Antonio Martín Pallín
Identificación por comprobación de huellas genéticas.
Las muestras no invaden la integridad corporal (colilla y esputo) por lo que no se necesita autorización judicial.
Cumplimiento de los protocolos científicos | RC:1128/2007 | Fecha: 27/11/2007 | Pag. 36 |
| 11.- | STS: 813/2008
Ponente: José Ramón Soriano Soriano
Prueba pericial de ADN.
Corrección procesal de su práctica en juicio | RC:10136/2008 | Fecha: 02/12/2008 | Pag. 39 |
| 12.- | STS: 1190/2009
Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Prueba de ADN. Doctrina Sala recogida muestras | RC:10663/2009 | Fecha: 03/12/2009 | Pag. 41 |
| 13.- | STS: 151/2010
Ponente: Manuel Marchena Gómez
NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBAS DE ADN:
valoración por el Tribunal de esa negativa.
Confirmación de otros indicios | RC:2005/2009 | Fecha: 22/02/2010 | Pag. 48 |
| 14.- | STS: 158/2010
Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar | RC:11183/2009 | Fecha: 02/02/2010 | Pag. 51 |
| 15.- | STS: 634/2010
Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez
Intervención corporal: consentimiento del interesado | RC:10661/2009 | Fecha: 28/06/2010 | Pag. 52 |
| 16.- | STS: 685/2010
Ponente: Manuel Marchena Gómez
Regimen jurídico de la recogida de restos y vestigios.
Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006.
Incidencia de la LO 10/2007, 8 de octubre,
reguladora de la base de datos policial sobre
identificadores obtenidos a partir de ADN | RC:558/2010 | Fecha: 07/07/2010 | Pag. 53 |
| 17.- | STS: 680/2011
Ponente: Francisco Monterde Ferrer | RC:11074/2010 | Fecha: 22/06/2011 | Pag. 58 |

Infracción de derecho constitucional a la intimidad.
Obtencion de muestras de ADN.

- | | | | | |
|------|---|---------------|-------------------|---------|
| 18.- | STS: 880/2011
Ponente: Julián Sánchez Melgar
Prueba de ADN: características | RC:202/2011 | Fecha: 26/07/2011 | Pag. 61 |
| 19.- | STS: 827/2011
Ponente: Manuel Marchena Gómez
PRUEBA DE ADN: la obtención de muestras biológicas de ADN para la determinación del perfil genético del imputado detenido, requiere asistencia letrada.
Los archivos que integran la base de datos policial sobre identificadores genéticos, creada por la LO 10/2007, 8 de octubre, gozan de una presunción iuris tantum.
La conclusión pericial sobre la identidad genética del imputado, obtenida mediante el contraste de las muestras dubitadas halladas en el lugar del hecho y los ficheros obrantes en la base de datos custodiada por el Ministerio del Interior, es plenamente aceptable como presupuesto para la valoración judicial. | RC:10759/2011 | Fecha: 25/10/2011 | Pag. 65 |
| 20.- | STS: 1367/2011
Ponente: Francisco Monterde Ferrer
Proceso con todas las garantías.
Aportación de vestigios con ADN. | RC:11088/2011 | Fecha: 20/12/2011 | Pag. 69 |
| 21.- | STS: 607/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar
Caracteres prueba ADN
Cadena de custodia | RC:10127/2012 | Fecha: 09/07/2012 | Pag. 73 |
| 22.- | STS: 742/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro
Obtencion muestra.
Impugnación falta consentimiento | RC:12011/2011 | Fecha: 03/10/2012 | Pag. 75 |
| 23.- | STS: 1005/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer
Obtencion vestigios.
Cadena de custodia | RC:10877/2012 | Fecha: 18/12/2012 | Pag. 76 |
| 24.- | STS: 991/2012
Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro
Valor indiciario
Agresion sexual | RC:128/2012 | Fecha: 27/11/2012 | Pag. 78 |

Falta consentimiento

- 25.- STS: 3/2013 RC:10851/2012 Fecha: 15/01/2013 Pag. 78
Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Valor como indicio unico
- 26.- STS: 62/2013 RC:10145/2012 Fecha: 29/01/2013 Pag. 79
Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz
Insuficiencia del indicio unico
"Caso Marta del Castillo"
- 27.- STS: 256/2013 RC:1287/2012 Fecha: 06/03/2013 Pag. 81
Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz
Insuficiencia indiciaria
- 28.- STS: 491/2013 RC:11091/2012 Fecha: 31/05/2013 Pag. 83
Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín
Prueba valida y suficiente
Evolucion tecnica
Contraposicion de informes
- 29.- STS: 600/2013 RC:10079/2013 Fecha: 10/07/2013 Pag. 87
Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- 30.- STS: 709/2013 RC:10203/2013 Fecha: 10/10/2013 Pag. 89
Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Obtencion Muestra
Consentimiento
- 31.- STS: 777/2013 RC:10448/2013 Fecha: 07/10/2013 Pag. 93
Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García
ADN: recogida de vestigios abandonados por el sospechoso
para obtener perfil de ADN meramente identificador.
No es imprescindible autorización judicial.
La obtención, mediante análisis de la muestra, del perfil genético
del sospechoso para un cotejo de "uno contra uno" sin previa
autorización judicial tampoco es por sí sola necesariamente
determinante de ilicitud probatoria.
Cadena de custodia: cuando consta la autenticidad de la muestra
por otras fuentes es irrelevante cualquier eventual irregularidad
en la cadena de custodia. Estamos ante un problema de fiabilidad
y no de validez o licitud probatoria.
- 32.- STS: 948/2013 RC:10342/2013 Fecha: 10/12/2013 Pag. 110
Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón
Prueba de ADN.- Doctrina general.-
Normativa de aplicación.- Base de datos policial.-
Garantías de la toma de muestras.-

Práctica de la prueba en el proceso penal.

- 33.- STS: 974/2013 RC:196/2013 Fecha: 12/12/2013 Pag. 117
Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez
No hay constancia en la causa de que la obtención de material biológico del recurrente que sirvió para la integración de su ADN en el banco de datos policial se hubiera producido con su conocimiento debidamente informado ni con asistencia de letrado, pero lo cierto es que existe prueba de cargo al margen de la de esa fuente, que justifica la condena
- 34.- STS: 50/2014 RC:10632/2013 Fecha: 27/01/2014 Pag. 118
Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro
Licitud de la pericia de ADN aunque no consta la autorización del acusado a que se le extrajera mediante un frotis bucal una muestra de saliva, debido a que la extracción que se le practicó en otra causa penal diferente.
La defensa no cuestionó la pericia durante la fase de instrucción e incluso pidió que se contrastara su resultado con el ADN de un familiar, y fue después de abrirse el juicio oral cuando cuestionó la pericia que anteriormente había admitido como correcta para realizar la compulsa que solicitó.
- 35.- STS: 50/2014 RC:10632/2013 Fecha: 27/01/2014 Pag. 121
SENTENCIA DE RECURSO DE REVISION
Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García
Prueba de ADN, que excluye la autoría del condenado.

<p>STS: 501/2005 RC :774/2004 P Fecha: 19/04/2005 Ponente: Joaquín Delgado García</p> <p>Absolución por no haberse obtenido con las garantías legalmente exigidas, los restos biológicos que sirvieron de muestra indubitada para una prueba pericial de ADN, esencial para condenar al acusado.</p>	<p>1. La prueba pericial de ADN, de resultados tan espectaculares en los tiempos actuales en cuanto al importante problema de la determinación de la autoría en muchos procesos penales, ha carecido de regulación específica en nuestras leyes procesales hasta la reciente LO 15/2003 que en su disposición final primera modificó, entre otros artículos de la LECr, el 326 y 363, añadiéndoles sendos párrafos. Consiste, lo mismo que en otras pruebas de semejante naturaleza y finalidad (dictámenes caligráficos o sobre huellas dactilares), en la comparación entre una muestra dubitada- aquella que en principio no se sabe a qué sujeto pertenece- y otra indubitada -obtenida de la persona sospechosa-. Si ambas coinciden en sus resultados, este medio probatorio puede servir al referido objeto de acreditación de la intervención de alguien en el hecho criminal investigado. Aunque en un Estado de Derecho, como el que afortunadamente existe en España, tal prueba, como cualesquiera otras, han de haber sido obtenidas y aportadas al proceso con todas garantías exigidas por nuestra Constitución y nuestras leyes procesales. Y esto hemos de comprobarlo nosotros, como ya ha quedado dicho, en este recurso de casación cuando, como aquí ocurrió en el motivo 4º del que estamos examinando, se alega infracción de precepto constitucional (arts. 5.4 LOPJ u 852 LECr) con referencia al art. 24.2 CE en su apartado relativo al derecho a la presunción de inocencia.</p> <p>2. Veamos cómo en el caso presente quedaron incumplidas las mencionadas garantías en un momento tan importante como el de la toma de restos biológicos para constituir la llamada muestra indubitada.</p> <p>Consta, por la declaración del policía que recogió con un hisopo los restos hallados en la celda que ocupaba Orkatz, este dato esencial para esta prueba.</p> <p>Podemos leer en el fundamento de derecho 2º de la sentencia de esta sala nº 510/1997, de 14 de abril, lo siguiente:</p> <p><< En efecto, hay una serie de normas en nuestra LECr que ordenan que sea el Juez de Instrucción o el que haga sus veces quien recoja los vestigios o pruebas materiales del delito (art. 326) o las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con dicho delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida (art. 334), mandando asimismo que ello se documente en las correspondientes actuaciones procesales (arts. 332 y 336), todo ello con el fin de acreditar la existencia del delito y de sus circunstancias, con validez primero como medio de investigación en la instrucción e incluso después como medio de prueba preconstituida para el juicio oral si aparece practicada con las garantías legalmente exigidas y se trata de extremos que no pueden tener reproducción en el juicio oral. Tal validez como prueba preconstituida sólo la puede tener la actuación policial cuando lo hace en casos de urgencia, es decir, cuando se ve obligada a intervenir de modo perentorio por existir peligro de</p>
--	--

	<p>pérdida o sustracción u otra razón que no permita acudir al Juez para que éste actúe.</p> <p>La intervención de la competente Autoridad Judicial, en principio y por regla general, es obligada en estos casos, no pudiendo ser sustituida por la actuación policial, salvo que existan las mencionadas razones de urgencia.</p> <p>En este punto nos dice la STC 303/1993 (Fundamento de Derecho 4º): "pero que la Policía judicial pueda o, mejor dicho, esté obligada a custodiar las fuentes de la prueba no significa que tales diligencias participen, en cualquier caso, de la naturaleza de los actos de prueba. Para que tales actos de investigación posean esta última naturaleza se hace preciso que la Policía judicial haya de intervenir en ellos por estrictas razones de urgencia o de necesidad, pues, no en vano, la Policía judicial actúa en tales diligencias "a prevención de la Autoridad judicial " (art. 284). Una vez desaparecidas tales razones de urgencia, ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 de la CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una sentencia de condena". Luego, en el Fundamento de Derecho 5º aplica esta doctrina al caso y añade: "desaparecidas las expresadas razones de urgencia, la falta de intervención judicial y la ausencia de contradicción en la ejecución del registro del vehículo de los inculpados privan de valor probatorio al resultado de esta actuación policial". Se refiere a la intervención de diez bolsas de hachís en el interior de un vehículo aprehendido "dos días antes" por la Guardia Civil, en la que no concurrió la referida nota de urgencia.>></p> <p>Las normas procesales antes referidas 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, obligación que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes citadas y que en el caso presente no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario público (arts. 281 y 473 LOPJ) confiere autenticidad documental.</p> <p>No podemos olvidar, además, que en la práctica de estas pruebas de ADN, tiene particular relieve la toma de la muestra indubitada, de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba, y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada. Como ocurre con los cuerpos de escritura que se hacen para la práctica</p>
--	---

	<p>de una prueba pericial caligráfica, los cuales han de realizarse a presencia judicial.</p> <p>Además, en el caso presente ni siquiera consta en las actuaciones diligencias o informe alguno en el que conste por escrito esa recogida policial de la muestra biológica luego utilizada como indubitada para compararla con la obtenida del examen de los restos sacados de la tan repetida manga del jersey. Ya hemos dicho cómo los extremos relativos a este tema de muestra indubitada, así como su envío al órgano policial especializado que practicó la pericial de ADN, sólo aparecen acreditados por la declaración del funcionario que acudió como testigo al juicio oral.</p> <p>Así pues, en el caso presente no puede tener validez probatoria alguna el análisis de ADN practicado sobre una muestra biológica indubitada que fue obtenida sin las garantías exigidas por nuestra ley procesal. No había razón de urgencia que permitiera actuar a prevención al funcionario policial que tomó la muestra biológica de la celda ocupada por el ahora recurrente, el joven Orkatz Gallastegui Sodupe. No había obstáculo alguno para que tal funcionario acudiera al juzgado correspondiente a solicitar la intervención de la autoridad judicial, adoptando, mientras el juez resolvía al respecto, las precauciones necesarias para que esos restos biológicos se conservaran como estaban cuando se detectaron.</p> <p>En conclusión, esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la hora de comprobar la ilicitud de la prueba de cargo existente, ha detectado tal vicio procesal: una condena con esta prueba vulneró el derecho del acusado a la presunción de su inocencia.</p> <p>CUARTO.- 1. Con lo expuesto no termina lo que esta sala tiene que decir en este asunto.</p> <p>Vamos a situarnos en la hipótesis de que realmente hubiera existido una razón de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica en la celda que venía ocupando el acusado aquí recurrente.</p> <p>Incluso en tal hipótesis nos encontraríamos ante una prueba ilícita por otra razón de orden procesal: no existió resolución judicial alguna que ordenara o autorizara la prueba pericial de ADN sobre la mencionada muestra biológica. Y ello era necesario.</p> <p>2. Lo es en el momento actual, sin duda alguna, tras la modificación procesal introducida por la disposición final primera de la Ley 15/2003, que entre otras normas de la LECr, añadió dos párrafos, uno a cada uno de los arts. 326 y 363.</p> <p>El primero de estos dos párrafos (326) se refiere a las medidas que el Juez de Instrucción ha de adoptar para que la recogida, custodia y examen de restos biológicos se verifiquen en las debidas condiciones, "sin perjuicio de lo establecido en el art. 282", que es el que confiere a la mencionada Policía Judicial la</p>
--	---

	<p>facultad y el deber de actuar en la recogida de muestras de cuya desaparición pudiera haber peligro, tema al que nos hemos referido en el fundamento de derecho anterior.</p> <p>Pero el que aquí nos interesa es el otro párrafo añadido por tal LO 15/2003, el introducido en el art. 363 que dice literalmente así:</p> <p>"Siempre que concurran 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 intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".</p> <p>Nos interesa aquí esta norma para poner de relieve que es preceptiva la intervención judicial a través de una resolución motivada (auto) para ordenar la obtención de las muestras biológicas del sospechoso a fin de conocer su ADN cuando ello sea necesario para la investigación criminal por delitos graves (proporcionalidad); lo que constituye el primer paso que ha de darse en la práctica de la prueba pericial, tras haber conocido antes algún vestigio en el lugar del delito con restos de los que poder obtener su ADN.</p> <p>Por supuesto que esta ley es anterior a los hechos aquí examinados y, por ello, en modo alguno pudo aplicarse al presente caso.</p> <p>3. Pero tal resolución judicial autorizante de la prueba pericial que estamos examinando, también era necesaria antes de tal LO 15/2003.</p> <p>En efecto, el párrafo I de ese art. 363, que sí estaba en vigor en aquella época, ya nos decía:</p> <p>"Los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia"</p> <p>Y esta norma sí era aplicable a los hechos ahora enjuiciados, la cual manda que sea la autoridad judicial la que ordene la práctica de cualquier análisis químico y ello con unas facultades singularmente restrictivas al decir "únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables".</p> <p>Entendemos que en esa amplia expresión "análisis químicos" estaban incluidas las diligencias periciales para determinación de ADN a las que nos estamos refiriendo.</p> <p>Por tanto, es claro, a nuestro juicio, que en el caso presente, al haber faltado esa resolución judicial que ordenara la práctica de la mencionada pericial, hubo un defecto de orden</p>
--	---

	<p>procesal que convierte en prueba ilícitamente obtenida la de ADN con que se condenó a Orkatz Gallastegui Sodupe.</p> <p>Además, hubo una clara indefensión para la parte luego acusada que, al no haber participado en tal diligencia (art. 333 LECr y otros), no pudo conocer las circunstancias concretas de la recogida de restos que podrían haberle servido para proponer pruebas o alegar al respecto en su momento.</p>
<p>STS: 1311/2005 RC :739/2005 P Fecha: 14/10/2005 Ponente: José Antonio Martín Pallín</p> <p>Obtención de datos genéticos de una prenda que se vincula al autor del hecho. Obtención de muestras de restos de saliva expulsados por el sospechoso. No es necesaria la intervención judicial para la validez de la prueba.</p>	<p>2.- Como pone de relieve el propio recurrente 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.</p> <p>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.</p> <p>3.- Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.</p> <p>4.- El primer aspecto que se denuncia es el relativo a 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</p>

	<p>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.</p> <p>5.- En cuanto a la autodeterminación o "habeas data" informativa creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales. Ahora bien, una vez más, hemos de repetir que la forma en que se recoge la muestra es absolutamente inesperada como pudiera suceder si se encuentra en una colilla, un cepillo de dientes o en un vaso en el que haya bebido el sospechoso.</p> <p>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.</p> <p>Si relacionamos este precepto con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.</p> <p>La Ley de 13 de Diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajada la nulidad absoluta del análisis practicado.</p> <p>La orden de 2 de Septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecablemente legal, respeta el principio de autodeterminación de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez mas insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.</p>
--	--

	<p>El recurrente admite que los protocolos de obtención, método de tratamiento de la muestra, clase de análisis realizado e incluso su conservación, se ha ajustado a las previsiones establecidas por orden de la misma unidad policial que actúa. La impugnación de sus resultados sólo era posible sometiendo a una discusión técnico-científica el resultado del análisis y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada.</p>
<p>STS: 179/2006 RC:566/2005 P Fecha: 14/02/2006 Ponente: José Ramón Soriano Soriano</p> <p>Práctica de la prueba pericial de ADN. Requisitos y garantías en su realización. Doctrina de esta Sala. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006.</p>	<p>TERCERO.- Amparado en el art. 5-4 L.O.P.J., en el correlativo ordinal estiman violado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.), al sustentarse los hechos probados en una diligencia probatoria integrada por análisis periciales de ADN extraídos de una colilla arrojada por los recurrentes y contrastados con el ADN de los restos biológicos hallados en algunas prendas recogidas al ocurrir los hechos en lugar próximo a los mismos.</p> <p>1. El argumento jurídico para entender infringida la Ley procesal en la recogida de muestras encuentra su apoyo en la doctrina que establece la reciente sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005.</p> <p>Varias son las quejas sobre supuestas irregularidades radicales e insubsanables detectadas en la recogida de muestras y realización de la prueba de ADN.</p> <p>a) los vestigios biológicos fueron recogidos por la policía sin hallarse plasmados en su atestado.</p> <p>b) no pueden realizarse en el proceso penal análisis de esta naturaleza hasta que exista una regulación legal suficiente.</p> <p>c) no existió autorización judicial previa para la realización de la diligencia, cuando es requisito de validez y de eficacia probatoria.</p> <p>d) no existió consentimiento de los afectados en la recogida y utilización para fines de investigación policial de vestigios o excrecencias (saliva) encontradas en la colilla por ellos arrojada.</p> <p>e) consecuentemente la prueba carece de total validez y con ello se produce un vacío probatorio, que deja sin justificar la sentencia condenatoria (presunción de inocencia).</p> <p>2. 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.</p> <p>En el caso de autos una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en "res nullius" y por ende</p>

	<p>accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.</p> <p>En el caso que nos ocupa había informe policial escrito sobre la recogida y práctica de la diligencia pericial, como consta en la causa.</p> <p>El atestado policial se confeccionó tan pronto ocurrieron los hechos y después de practicadas las diligencias inmediatas se procedió por el juzgado al sobresimientamiento provisional de la causa, ya que se había comprobado la comisión de un delito, pero se desconocía el autor o autores del mismo.</p> <p>Fue posteriormente, en las diligencias de investigación que el instructor al sobreseer provisionalmente la causa ordena practicar a la policía, cuando surge este dictamen pericial que provoca la reapertura del proceso. Así pues, atestado existió desde un principio; y sobre la incidencia sobrevenida, apuntando a una prueba incriminatoria de especial relevancia, se comunicó por escrito al juez, entregándole el informe y la pericia realizada, debidamente documentadas.</p> <p>Tampoco resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial.</p> <p>Nos hallaríamos ante una prueba pericial legítima de la que pueden servirse tanto las partes acusadoras, como acusadas, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.</p> <p>3. Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, antes aludida (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.</p> <p>Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendemos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena. La sentencia contenía una decisión justa.</p> <p>Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realiza en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.</p> <p>En nuestro panorama legislativo actual quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquellas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.</p>
--	--

	<p>En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.</p> <p>En el 363, párrafo 2º se dice: "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 intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".</p> <p>El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: "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 aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282".</p> <p>4. La precitada sentencia 851/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 L.E.Cr. vigente a la sazón, sosteniendo que "sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN", nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.</p> <p>Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.</p> <p>Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.</p> <p>Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.</p> <p>Ésa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:</p> <p>"La Policía Judicial puede recoger restos</p>
--	--

	<p>genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".</p> <p>5. Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 L.E.Cr., la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none">- el juez de instrucción en los casos normales.- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282. <p>No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).</p> <p>Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.</p> <p>En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005.</p> <p>6. En el caso que nos ocupa, desde el punto de vista procesal se hacía necesaria la intervención de la policía judicial en la práctica de tal diligencia, bajo la autorización tácita o indirecta del juez, que espera resultados positivos de la investigación de una causa provisionalmente sobreesidida. Sólo cuando se aporta un indicio de cargo relevante se puede proceder a la reapertura de las diligencias.</p> <p>La policía, que parte normalmente del peligro o riesgo de pérdida de la muestra o vestigio hallado (art. 236, en relación al 282 L.E.Cr.), no puede provocar una</p>
--	---

	<p>revocación del sumario para que el juez controle la práctica de una diligencia que probablemente resulte negativa. La reapertura del sumario sólo podrá producirse ante la existencia de novedades relevantes en el curso de la investigación, en este caso, por resultados analíticos positivos y altamente incriminatorios. La lógica estructural de nuestro sistema procesal todavía legitima más si cabe la recogida policial de la muestra.</p> <p>7. Trasladando las precedentes observaciones al apartado final del motivo sobre presunción de inocencia, hemos de dejar sentada la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN.</p> <p>El instructor del sumario había dictado auto de sobreseimiento provisional por falta de autor. La policía autonómica vasca al entregar el atestado, y después de practicadas las primeras diligencias justifica indiciariamente la comisión de uno o varios delitos, quedando pendiente en su cometido o función el descubrimiento del autor o autores de los mismos. La policía advierte al juez que sigue practicando diligencias, de cuyo resultado positivo le dará oportuna cuenta. Y así fue, ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía, que la remite a su Laboratorio de genética forense; revelada la "huella genética" resulta coincidente con tres de los perfiles que se detectaron en las capuchas y mangas de jersey halladas junto al lugar de los hechos y que utilizaron los autores del delito para ocultar su identidad.</p> <p>Todo ello lo hacen en la correspondiente diligencia, por escrito y documentada, procediendo a su entrega al juez, que no advierte ninguna irregularidad y la une a los autos.</p> <p>A continuación el Instructor requiere a los imputados para que faciliten saliva u otro fluido corporal al objeto de realizar una prueba de contraste, a lo que se niegan, a pesar del poco sacrificio personal que ello suponía. En el juicio oral son citados el policía o policías que practican la recogida y los que realizan los análisis; éstos últimos para la práctica de la prueba pericial correspondiente, junto a los que también intervino otro perito especialista en análisis de este género, propuesto por la defensa, emitiendo el correspondiente parecer en juicio y confirmando los análisis realizados con posibilidad de contradicción de todas las partes procesales.</p> <p>La Audiencia Nacional, en su sentencia y dentro de la fundamentación jurídica, con el carácter cointegrador del factum, establece y repite para cada uno de los tres procesados, ahora recurrentes, la siguiente frase referida al agente que por orden de la Jefatura policial vigila a los sospechosos: "y al ver que tiraba una colilla de un cigarro que se había fumado..... sin ser perdida de vista en ningún momento por dicho agente, recogió la misma, manteniendo las más elementales normas para su no contaminación, entregándola seguidamente a la Jefatura de la Unidad para su traslado a la Unidad de Policía Científica".</p>
--	---

	<p>En definitiva, garantizada la cadena de custodia, al Tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en su día.</p> <p>Consecuentemente, la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.</p> <p>El motivo ha de rechazarse.</p>
<p>STS: 355/2006 RC:1352/2005 Fecha: 20/03/2006 Ponente: Carlos Granados Pérez</p> <p>ADN. Recogida de muestras. Espeto.</p>	<p>Se alega, en defensa del motivo, que la prueba de ADN practicada adolece de defectos que la invalidan como prueba de cargo y no puede ser valorada para condenar al recurrente.</p> <p>En concreto se dice que se procedió a una toma de muestras sin garantía alguna ni control judicial en cuanto un funcionario de policía que seguía al recurrente por las calles de Galdácano, cuando le vio escupir, recogió el esputo del suelo sin que conste como se enumeró la muestra, ni a quién se remitió, ni quién la envió al equipo técnico que realizó la prueba.</p> <p>Ciertamente, como se recoge por el Tribunal de instancia, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, una de las pruebas que fueron valoradas respecto a la participación del ahora recurrente en los hechos que se le imputan fue el resultado de la prueba de ADN realizada sobre sus restos biológicos, y respecto al procedimiento seguido para la obtención de las muestras, se expresa que en las proximidades del lugar donde se ubica el inmueble del diario “El Correo Español”, a unos 100 metros, se hallaron por miembros de la Ertzaina, poco después de los sucesos descritos en la narración histórica, unos guantes y dos capuchas, capuchas que se remitieron a la unidad de policía científica, como relató el funcionario de la policía autónoma Vasca nº 62.383 en el acto del plenario. Por otro lado, Jon Crespo, que venía siendo objeto de seguimientos policiales, por su presunta implicación en numerosos actos de la llamada Kale-Borroka, la tarde de un día de fiesta en la localidad de Galdácano, era observado de cerca por el agente 50.234, el cual se apercibió de que Jon, tras toser, arrojó al suelo un esputo en la calle principal de dicha localidad, procediendo de inmediato dicho funcionario a recoger una muestra que, por conducto de sus superiores, fue remitida a la Unidad de Policía Científica donde dos peritos cotejaron dicha muestra con los restos biológicos obtenidos de las dos capuchas antes referidas, y en el acto del juicio oral los peritos se ratificaron en el informe de ADN que atribuía al recurrente, con una probabilidad estadística del 99,99999 %, los restos biológicos encontrados en una de las capuchas, capuchas que según un testigo protegidos -folio 638- habían sido arrojadas por quienes momentos antes habían participado en los hechos investigados.</p> <p>Queda, pues, acreditado, como consta en la diligencia</p>

	<p>extendida al afecto, que el esputo, correctamente recogido, fue remitido por conducto oficial a los peritos que emitieron el informe.</p> <p>Tiene declarado esta Sala, en Sentencia 1311/2005, de 14 de octubre, que, cuando se trata de saliva arrojada por una persona, 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 y que, en estos casos, no entra en juego la necesaria intervención judicial.</p> <p>El tema de la recogida de restos genéticos o muestras biológicas por la Policía para la práctica de dictámenes de ADN fue sometido a Junta no jurisdiccional de esta Sala, celebrada el día 31 de enero de 2006, en la que, tras la deliberación pertinente, se tomó el siguiente acuerdo: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”.</p> <p>Criterio que ha sido seguido en Sentencias posteriores de esta Sala como es la 179/2006, de 14 de febrero.</p> <p>Así las cosas, no se ha producido vulneración alguna en la recogida de saliva arrojada por el acusado, con el resultado del que se deja constancia en los hechos que se declaran probados.</p> <p>El motivo no puede prosperar.</p>
<p>STS: 701/2006 RC:1959/2005 Fecha: 27/06/2006 Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</p> <p>Error de la Sala al valorar el informe pericial de ADN. Conformidad de las acusaciones con la declaración de nulidad de una prueba. Pronunciamiento que deviene firme al no poder asumirse por el Tribunal funciones acusatorias.</p>	<p>Considera el motivo que la fundamentación jurídica de la sentencia condenatoria establece todo su apoyo argumental para construir los hechos probados en la supuesta coincidencia del ADN del imputado, con los restos biológicos hallados en la prenda hallada en las cercanías del lugar en el que se produjeron los hechos sin tener en cuenta la vulneración del Derecho a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia y cometiendo un error en la valoración de la prueba al interpretar erróneamente las conclusiones del Dictamen pericial de 04/0124.</p> <p>Así en el desarrollo del motivo coincide con la sentencia de instancia cuando afirma que la recogida y posterior análisis del ADN realizado a la muestra biológica contenida en un pañuelo de papel recogida al recurrente, tras seguimientos policiales no plasmados en ningún atestado y todas las pruebas que de ella se deriva, son pruebas ilícitas por aplicación del art. 11.1 LOPJ.</p> <p>Trae a colación como argumento jurídico para entender producida la vulneración del derecho a la presunción de</p>

	<p>inocencia la sentencia reciente de esta Sala 501/2005 de 19 de abril destacando las siguientes irregularidades radicales e insubsanables:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Se da una falta absoluta de previsión legal de la recogida de muestras y análisis de ADN en la fecha de los hechos, al no estar en vigor el tercer párrafo del art. 326 y el segundo párrafo art. 363 LECrim.; introducido por LO. 15/2003 de 25.11.2) Omisión absoluta de la intervención judicial, al no existir resolución alguna del Juez instructor que motivadamente y con respeto al principio de proporcionalidad ordene la practica de los análisis de ADN.3) El análisis practicado sobre las muestras biológicas del recurrente lo es sobre unas muestras obtenidas y conservadas subrepticamente y sin el consentimiento de aquél. <p>Por lo tanto, conforme a lo manifestado en la propia sentencia hay que concluir que la prueba, así obtenida ha de considerarse ilícita y no podrá desplegar efectos dirigidos a enervar el principio de presunción de inocencia.</p> <p>Partiendo de esta premisa, en el presente caso se ha quebrantado la presunción de inocencia ya que no existe prueba de cargo capaz de enervar esa presunción, por cuanto al contrario de lo manifestado en la sentencia, no existe ADN indubitado de Borja Jacinto Urberuaga, las conclusiones del Dictamen Pericial 04/01214, folios 187, 190, 200 y 203 son claras en el sentido de que en el primer análisis "la muestra de referencia remitida -los pelos obtenidos del acusado con su consentimiento- al constar de pelos sin raíz, no sirve para obtener ADN nuclear", y sin embargo erróneamente en la sentencia se insiste en que de las muestras recogidas a Borja con su consentimiento se ha hecho posible la extracción de ADN con motivo de un segundo análisis y que dicho ADN coincide con el obtenido en el pelo encontrado en la capucha, cuando este segundo análisis se refiere al pelo que se encuentra en dicha prenda que coincide con el perfil de ADN obtenido de la propia prenda, sin que en ninguna parte del dictamen pericial se diga que el ADN del pelo encontrado en la manga o capucha coincide con el ADN de los pelos recogidos al imputado con su consentimiento, pelo del que no pudo extraerse ADN.</p> <p style="text-align: center;">SEGUNDO: Esta última afirmación debe merecer favorable acogida.</p> <p>En efecto en el dictamen pericial 04/01214 existe un primer informe del servicio de criminalística de fecha 1.3.2004 sobre análisis y cotejo morfológico de pelos, siendo las muestras recibidas M.1 mechón de cabello del acusado, muestra indubitada, M.2 prenda de ropa "evidencia ", en la que se encuentra un pelo que se reseña con el mismo numero dado a la muestra, esto es M2, muestra dubitada, cuyas conclusiones son las siguientes:</p>
--	--

	<p>1° En la prenda de ropa remitida, muestra M2 se ha encontrado un pelo de origen humano. Este pelo es un cabello con raíz en fase anágena de color castaño en el tercio proximal del tallo, mientras que los dos tercios distales están decolorados y teñidos, de color rubio rojizo el tercio medio y de color rubio el tercio distal.</p> <p>2° El pelo de la muestra M2 no muestra similitud morfológica con los cabellos de referencia de la muestra M1. No obstante, el tercio proximal del pelo M2 se corta y se remite al Servicio de Biología de este Centro para su análisis molecular.</p> <p>3° Los cabellos de referencia, muestra M1 son cabellos cortados sin raíz, estos pelos no sirven para obtener ADN nuclear.</p> <p>Pues bien el segundo informe realizado por el Servicio de Biología de fecha 16.3.2004, se practica sobre las muestras M 2 "prenda de ropa evidencia 1 y muestras de pelo M2 (cabello con raíz anágena: el tercio proximal entregada en dicho servicio de Biología y que ha sido previamente analizado por el Servicio de Criminalística de este Centro.</p> <p>Consiguientemente incide en error la Sala sentenciadora cuando afirma que este segundo análisis se practicó sobre una remesa de los pelos obtenidos con el consentimiento del acusado que tenía el Juzgado Central a su disposición y que remitió al Instituto de Toxicología ante la negativa del acusado a dar mas muestras de ADN, y no solo porque esa segunda remesa no consta en las actuaciones como se desprende de un examen de las diligencias entre los dos dictámenes (folios 184 a 204), y de la fecha del ultimo de estos, 16.3.2004, anterior a la devolución del exhorto en el que el acusado se negó a someterse a nuevas pruebas biológicas (providencia 19.4.2004), folio 221), sino porque, como ya se ha señalado, en el segundo informe se hace constar de forma inequívoca que las muestras de pelo que se analizan son la M.2, pelo encontrado en la prenda de ropa remitida y que había sido analizado previamente por el Servicio de Criminalística.</p> <p>Siendo así las conclusiones derivadas del diagnóstico de Individualización en el sentido de que el perfil de ADN obtenido a partir de los restos celulares de la muestra M2 (manga corta de camiseta), procede de un varón y coincide con el perfil de ADN obtenido a partir del pelo recogido en la muestra M2 (esto es la misma prenda) no sirven para la identificación del recurrente, de cuyos pelos, obtenidos con su consentimiento, muestra M1 no se pudo obtener ADN y no fueron objeto de este segundo análisis del servicio de Biología.</p> <p>TERCERO: Consecuentemente, al ser este segundo análisis, tal como se infiere del fundamento de derecho segundo "prueba de cargo" de la sentencia, el que se consideró como prueba pericial suficiente para enervar la presunción de</p>
--	--

	<p>inocencia, y no haberse planteado por las acusaciones la posible inaplicación al caso presente de la doctrina de la sentencia de esta Sala 501/2005 de 19.4, que es la que llevó a la Audiencia Nacional a declarar que la prueba de ADN. practicada por la Ertzaintza sobre el pañuelo recogida subrepticamente al acusado, sin autorización ni control judicial, no podía tomarse en cuenta como prueba plena capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, doctrina que ha sido sometida a revisión por esta misma Sala, a raíz de la sentencia posterior 1311/2005 de 14.10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso y la 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, tomándose el acuerdo en Pleno no jurisdiccional de 31.1.2006 de que "la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial, acuerdo que ha sido ya recogido en STS. 179/2006 de 14.2, no puede esta Sala, so pena de asumir y suplantar funciones propias de las acusaciones, causando patente indefensión al recurrente, al no hallarse cuestionada en este sede casacional, plantearse la posibilidad de valorar aquella prueba, cuya ineficacia declarada por la Sala sentenciadora, ha sido consentido por las partes, con la consecuencia obligada de que, dado que el resto de las pruebas practicadas en el plenario, se refieran no a la autoría del recurrente, sino a la acreditación del hecho delictivo de la estimación del motivo al no haberse practicado prueba valida para enervar la presunción de inocencia del acusado en orden a su participación.</p>
<p>STS: 949/2006 RC:10203/2006 P Fecha: 04/10/2006 Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</p> <p>ADN. Requisitos y garantías en su realización. Pleno Sala 31.1.2006. Doctrina de la Sala.</p>	<p>El primer motivo por infracción de precepto constitucional del art. 5.4 LOPJ. al resultar lesionado el art. 18.1 y 18.4 CE. y vulneración del derecho, que ampara dicha norma, a la intimidad y a la autodeterminación informativa.</p> <p>Considera en síntesis el motivo, y en relación al derecho de intimidad, que el análisis de ADN de una persona, debido a contener datos sensibles para la persona, debe estar dotado de unas garantías para tener seguridad de que las personas que lo realizan no se excedan en su cometido y de que no hay abusos ni cesión de datos a terceros no autorizados, y en el presente caso, la utilización de la saliva contenida en una colilla arrojada por el detenido para practicar análisis de ADN (caso Coto, Franco y Blanco) o en un vaso utilizado por una persona sin estar detenida, (caso Gurtubay), no hay ni motivación ni resolución judicial y se ignora si se utilizó por la Policía para otros fines -algo que la defensa difícilmente podría acreditar- distintos a la investigación del delito; y por lo que se refiere a la autodeterminación informativa que, contraviniendo la LO. 18/99 de 13.12, de Protección de Datos de Carácter Personal, la Ertzaintza no tiene registrada la Base de Datos de Identificación</p>

	<p>Genética en la Agencia de Protección de Datos, y además no se cumplió la normativa automática que regula este tipo de ficheros, Orden de 2.9.2003, que exige el previo consentimiento informado del propio interesado, o en su caso, requerimiento judicial; y finalmente que no es cierto que las muestras enviadas, para su análisis fueran dubitadas, por cuanto la Ertzantza sabía a quien pertenecían ya que se está imputando a cada acusado una de estas muestras, por lo que fácilmente se puede deducir que se realiza una pequeña trampa al tratar como dubitadas unas muestras que son indubitadas, pues existe modo al parecer de saber a quien pertenecen, y se hace esta trampa para soslayar las garantías y medidas de control establecidas por la Ley:</p> <p>a) Tal cuestión ha sido objeto de estudio en las recientes sentencias de esta Sala 1311/2005 de 14.10, y 179/2006 de 14.2, que establecen 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. Por ello 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).</p> <p>Tanto en una disposición como en otra, 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 confidenciabilidad, 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.</p> <p>En el caso presente no consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial.</p> <p>En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos o innecesarios perjudica o contravine 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, pero todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados. Es más, la Orden de 2.9.2003 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.</p> <p>En atención a lo expuesto resulta que cualquier temor o recelo de un potencial ataque al “habeas data” está</p>
--	--

	<p>injustificado, sin que por otro lado tales temores tengan que ver con la vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la recogida y custodia de muestras si tal cometido se ha realizado con plena acomodación a la normativa vigente.</p> <p>Lo que nunca puede excluirse -recuerda la sentencia citada 179/2006 de 14.2- 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 CE.</p> <p>b) En relación a la vulneración del art. 18.4 CE. que consagra el derecho a la autodeterminación informativa, derecho que debe entenderse como aquel que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuando, como y en qué medida esa información sea recogida, almacenada, tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentren almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación .</p> <p>No obstante este derecho como todos, tiene excepciones y puede ser limitado por razones de otro interés preponderante.</p> <p>En la Ley de Protección de datos se establece en el art. 6 la exigencia del consentimiento inequívoco del afectado, pero en el mismo precepto se establecen excepciones. "No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recogen para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias" y en su art. 2-2c, dispone que el régimen de protección de datos de carácter personal que se establece en dicha ley no será de aplicación a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. De ahí que resulte lógico que cuando la parte solicite certificación de la Agencia General de Protección de Datos sobre la inscripción de los ficheros de la Ertzaintza sobre genética forense, se responda negativamente y que la Orden del Departamento de Interior Vasco de 2.9.2003, omita remitir datos sobre el fichero en cuestión, cuya existencia, características generales y finalidad fueron oportunamente comunicados a la Agencia de Protección de Datos por el Gobierno Vaso. Y en todo caso -insistimos- el hipotético incumplimiento del registro constituirá una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparejada la nulidad absoluta del análisis practicado. Legislación nacional que se ve reforzada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en su art. 8 proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que solo podrán ser recogidos</p>
--	---

	<p>mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley, y por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 8 señala que la salvaguardia de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley, cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.</p> <p>Finalmente en cuanto a la necesidad de autorización judicial motivada para la obtención de las muestras de ADN es objeto de desarrollo en el motivo segundo.</p> <p>...</p> <p>Se afirma en el motivo que la recogida y posterior análisis de ADN realizado a la muestra biológica contenida en colillas recogidas supuestamente a los acusados, y todas las demás pruebas que de ella se deriven son pruebas ilícitas por varias razones:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Se da una falta absoluta de intervención judicial en la toma de muestra indubitada, en contra de lo exigido en los arts. 326, 332, 334, 336 LECrim.2) Falta de resolución judicial que autorizara la prueba pericial de ADN, con vulneración del art. 363 LECrim.3) El análisis practicado sobre las muestras biológicas de los recurrentes lo es sobre unas muestras obtenidas y conservadas subrepticamente.4) El acta de recogida de muestra se documenta tardíamente y no se documenta la cadena de custodia de la muestra. <p>La doctrina sentada en la sentencia 501/2005 de 19.4, ha sido sometida a revisión por esta Sala, a raíz de la posterior sentencia 1311/2005 de 14.10, que distinguió entre la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, y la toma subreptica 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, precisando que 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 unos sucesos totalmente imprevisibles. Los restos de saliva en las colillas de los cigarrillos o en un vaso se convierten así en objetos procedentes del cuerpo de los sospechosos pero obtenidos de forma totalmente inesperada. El problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, a quien se le imputa.</p> <p>Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, en la toma de las muestras, la STS. 179/2006 de 14.2, precisa que ni la autorización judicial ni la policial que investiga a sus ordenes ha de pedir permiso a un ciudadano para cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba</p>
--	---

	<p>obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.</p> <p>En el caso de autos las colillas arrojadas por los recurrentes se convierten en “res nullius” y por ende accesibles a las fuerzas policiales pudiendo constituir instrumento de investigación del delito.</p> <p>Así en relación a Zigor Blanco al folio 3759 se hace constar mediante comparecencia del agente de policía 50858 de fecha 12.2.2003 la recogida de la colilla.</p> <p>Con respecto a Egoitz Coto en el informe Jefatura de la Unidad de Información y análisis de la Ertzaintza (folio 3834), se refiere como estando detenido como consecuencia del atestado policial 10210200036 que dio lugar a las Diligencias Previas 400/2002, Juzgado Central 4, el Instructor del atestado con nº 64540, el 22.11.2002 le recogió tres colillas.</p> <p>En cuanto a Bittor Franco, en otro informe de la misma Jefatura (folio 3904), se detalla la recogida de una colilla del referido por el agente 58714, el 23.7.2002, cuya comparecencia obra al folio 3921, cuando estaba detenido en la Comisaría de Sestao, atestado 59140200328, y finalmente al folio 3781, se detalla como el agente 50859 el 25.2.2003 recogió un vaso en el Bar Coto que había utilizado Sebastes Jon Gurtubay. Recogidas las muestras que se llevaron a cabo todas con “las más elementales normas de manipulación para su no contaminación.</p> <p>Tampoco resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios, éstos no puedan ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial.</p> <p>Nos hallaríamos ante una prueba pericial legítima de la que pueden servirse tanto las partes acusadoras, como acusadas, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.</p> <p>Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.</p> <p>Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendíamos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena.</p> <p>Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realizaron en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.</p>
--	---

	<p>En nuestro panorama legislativo actual –continúa diciendo la sentencia precitada 179/2006-, quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.</p> <p>En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.</p> <p>En el 363, párrafo 2º se dice: "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 intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".</p> <p>El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: "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 aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282".</p> <p>La precitada sentencia 501/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 L.E.Cr. vigente a la sazón, sosteniendo que "sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN", nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.</p> <p>Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.</p> <p>Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.</p> <p>Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la</p>
--	--

	<p>investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.</p> <p>Esa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:</p> <p>"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".</p> <p>Acuerdo que ha sido recogido en las SSTs. 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6.</p> <p>TERCERO: Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 L.E.Cr., la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarse, según el orden preferencial siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none">- el juez de instrucción en los casos normales.- en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282. <p>No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).</p> <p>Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.</p> <p>En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala nº 501 de 19 de abril de 2005.</p> <p>En efecto la policía judicial tiene como imperativo</p>
--	---

	<p>constitucional, art. 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la practica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y su autoría, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como se recoge en el art. 282 que expresamente faculta a la Policía Judicial para recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Se trata, en todo caso, de actos de investigación policial. En este sentido puede citarse las SSTs. 7.10.94, 9.5.97, 26.2.99, 26.1.2000 que precisan que los arts. 326 y ss. LECrim. se han de poner en relación con los arts. 282 y 786.2 (actual 770.3), del mismo Texto Legal y con el Real Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.</p> <p>Estimación que no quebranta el art. 326 LECrim. ni se causa indefensión por el hecho de que los vestigios obtenidos sean remitidos a los respectivos Gabinetes Científicos para su identificación.</p> <p>CUARTO: Trasladando las precedentes observaciones al apartado del recurso sobre la vulneración de la presunción de inocencia y rotura de la cadena de custodia de las muestras, hemos de dejar sentada la corrección procesal de la practica de la prueba de ADN.</p> <p>En efecto la sentencia recurrida dentro de su fundamentación jurídica con el carácter integrador y complementario del factum, establece la forma de recogida de las llamadas "evidencias", muestras indubitadas pertenecientes a los acusados, tras hacer referencia como estos se negaron a la practica de la prueba de ADN (Egoitz Coto, folio 2433, Zigor Blanco, folio 3756), destacando:</p> <p>1) Que las colillas fueron tiradas por sus propietarios Egoitz, Victor y Zigor, cuando estaban detenidos, convirtiéndose en res nullius, pudiendo ser cogidas y recogidas por cualquiera, en el caso por los agentes policiales; y que el vaso utilizado por Sebastián quedó en el Bar, cuando aquel se marchó, siendo recogido por un funcionario policial, previa identificación como tal y a disposición de su propietario, el titular del local, estableciendo la sentencia de instancia, la siguiente frase referida al funcionario policial nº 30850 de "como recibió la orden de coger unas muestras del acusado (diciendo él coger el vaso) de cómo le siguió -durante una o dos semanas-, de cómo, observándole en un bar tomando una consumición, sin perder de vista el vaso utilizado se puso unos guantes y lo recogió en una bolsa, sin llegar a tocarlo la dueña del local, y de cómo se identificó como ertzaintza.</p>
--	---

	<p>2) Que tales muestras -en contra de lo argumentado en el recurso- no fueron remitidas al Laboratorio como prueba indubitada, esto es con identificación de su titular. Así lo afirmaron en el acto del plenario tanto los funcionarios policiales como los propios peritos del laboratorio, afirmando éstos que en el caso de llegar identificadas, se rechazarían por normas de protocolo de actuación del laboratorio, siendo tras el correspondiente análisis cuando se determinó que coincidían con las muestras obtenidas de los objetos intervenidos en el lugar de los hechos, participándose por el Laboratorio a quien los había remitido tal coincidencia, pero, se reitera, sin identificarlos nominativamente por quienes practicaron los análisis. Esto se realizó posteriormente por los funcionarios policiales - comparecientes al plenario -que remitieron aquellas muestras.</p> <p>3) Que en el caso presente -a diferencia del contemplado en la sentencia de esta Sala 501/2005 de 19.4- sí se documentó en las actuaciones la recogida de los objetos de los que se obtuvieron las muestras de ADN, no contraviniéndose el art. 292 LECrim.</p> <p>Es cierto -y así se admite en la propia sentencia recurrida- que hubo una mala praxis policial cual fue no documentar la recogida de las muestras -colillas y vaso- hasta que se recibieron los análisis del laboratorio dando positivo con las recogidas en el lugar de los hechos objeto de enjuiciamiento, lo que ocurrió varios meses mas tarde, pero también lo es que al plenario comparecieron, sometiéndose a los principios constitucionales de publicidad, oralidad, contradicción e intermediación tanto los funcionarios que las recogieron como los que las remitieron al laboratorio como quienes efectuaron los análisis, declarando también la perito de la defensa. Esto es, toda la cadena desde la recogida hasta el análisis. Y cada uno dio las explicaciones que consideró pertinentes, de los protocolos de obtención, de los métodos de obtención de las muestras, de las clases de análisis que se efectuaron, de su conservación, de cómo adoptaron las medidas oportunas para evitar la contaminación de los objetos que contenían las muestras biológicas, ratificándose en las actuaciones que constaban en autos y sometiéndose tanto a las preguntas de la acusación como de la defensa nos encontramos ante una cuestión de credibilidad valorable para el Tribunal y no ante una nulidad de la prueba, y aquel ha entendido garantizada la cadena de custodia, sin que tenga la menor duda de que las muestras recogidas pertenecen a los acusados y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas de las prendas intervenidas en su día.</p> <p>Consecuentemente la prueba es valida y eficaz para desvirtuar la presunción de inocencia.</p> <p>El motivo deviene improsperable.</p>
--	---

<p>STS: 968/2006 RC:10274/2006 P Fecha: 11/10/2006 Ponente: Joaquín Giménez García</p> <p>Protocolo de obtención de la prueba de ADN. Art. 326 y 363 LECriminal</p>	<p>En el motivo cuarto, se cuestiona la fiabilidad de la prueba de ADN a que fue sometido el recurrente y que acreditó la realidad de una relación sexual con Verónica. El cuestionamiento de tal prueba lo concreta en el protocolo de recogida de la muestra biológica del acusado por estimar que no se puede estimar la muestra que se le obtuvo como indubitada por vulneración de lo prevenido en los arts. 326 y 363 LECriminal, por lo que no se puede considerar que dicha muestra sea indubitada al no constar en los autos el protocolo seguido.</p> <p>En el motivo quinto se cuestiona la credibilidad de la declaración de la denunciante y que en todo caso el recurrente no niega la realidad de la relación sexual mantenida, pero que ésta fue totalmente consentida.</p> <p>En relación a la prueba de ADN, su admisibilidad está fuera de dudas de acuerdo con el sistema de numerus apertus de prueba que impera en nuestro derecho. En este sentido el último párrafo del art. 326 y más concretamente, el art. 363-2º se refiere a la recogida de muestras de ADN por orden del Juez de Instrucción y con respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dicho párrafo segundo fue introducido por la L.O. 15/2003.</p> <p>Por otra parte, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de dicha prueba, en relación a un aspecto concreto ajeno a la problemática que suscita el recurrente, ya que dicho Acuerdo de 31 de Enero de 2006 se limitó a reconocer la capacidad de la Policía Judicial de recoger por sí misma, y sin autorización judicial, muestras biológicas abandonadas por el sospechoso.</p> <p>Como ya se ha dicho, la censura se dirige por el recurrente a que no consta en autos el protocolo de recogida de la muestra que se le extrajo al mismo, ahora bien, el protocolo exigido en el artículo 363-2º citado por el recurrente y al que se ha hecho referencia se compone de los siguientes pasos:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Concurrencia de razones acreditadas que lo justifiquen, lo que debe conectarse con la importancia del delito que se está investigando, obviamente en la delincuencia menor o de bagatela, no sería admisible la utilización de esta prueba.b) Necesidad de la prueba en orden a concretar la intervención del sospechoso en el delito que se está investigando. El texto se refiere a la indispensabilidad de tal prueba.c) Decisión del Juez, o lo que es lo mismo control judicial a la hora de acordar la prueba.d) Como toda decisión judicial, debe venir sustentada por la imprescindible motivación, que verifique el juicio de ponderación entre la intromisión en la intimidad personal que supone la obtención de muestras biológicas del individuo concernido y la necesidad de investigar un hecho grave y además
---	---

	<p>la necesidad/imprescindibilidad de tal prueba. Por tanto, respeto a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.</p> <p>En definitiva, de forma semejante a las intervenciones telefónicas, se está en presencia de una técnica de investigación definida por las coordenadas de judicialidad, excepcionalidad y proporcionalidad.</p> <p>Pues bien, desde esta doctrina, el examen directo de las actuaciones acredita que ante la negativa del recurrente a facilitar una muestra biológica indubitada para contraponerla a la encontrada en la vagina de la denunciante, el Juez en el auto de 22 de Septiembre de 2003, obrante al folio 234 acordó la extracción de una muestra biológica del recurrente en los siguientes términos:</p> <p>"PARTE DISPOSITIVA: Se acuerda practicar examen del ADN de Manuel Martínez García, previa la extracción por parte del médico correspondiente del Centro Penitenciario de soto del real, donde se encuentra ingresado el denunciado, bien de una muestra indubitada de sangre líquida (con EDTA como anticoagulante y refrigerado), o sangre seca, o toma de células mucosas de la cavidad bucal, o pelos arrancados con bulbo, de Manuel Martínez García, debiendo remitirse la citada muestra para el cotejo de su ADN con el existente en la muestra de referencia 1007-A1-03, del Laboratorio de ADN de la Dirección General de la Policía. Acordando a su vez la ampliación del informe elaborado por el citado laboratorio en orden a determinar si la escasa presencia de espermatozoides en la muestra puede responder a una relación sexual antigua.</p> <p>Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal, y en su caso, a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de reforma a interponer ante este Juzgado en el plazo de tres días".</p> <p>En consecuencia se envió el oficio correspondiente a los servicios médicos del Centro Penitenciario de Soto del Real donde se encontraba el recurrente, y como éste se negase a la extracción de sangre y a que en consecuencia le pincharan, porque tenía miedo, por nueva comunicación judicial, en el proveído de 1 de Octubre --folio 250-- se informó a los servicios médicos que podían obtener cualesquiera muestra de las referenciadas en la parte dispositiva del auto que se acaba de testimoniar. Finalmente, señalado para las 11'30 horas del día 8 como el día y hora indicado para la obtención de las muestras el recurrente, se notificó a las partes por proveído de 6 de Octubre, que fue temporáneamente notificado a las partes --folios 253, 260 y 261--.</p> <p>Del estudio hasta aquí efectuado se puede considerar que se han cumplido las prescripciones legales. La</p>
--	---

	<p>decisión de la toma de muestras biológicas fue dada por el Juez de Instrucción en auto motivado, se trataba de la investigación de un delito grave --violación--, no existió consentimiento del recurrente y el Juez, tras analizar la necesidad de la misma, y la gravedad de los hechos autorizó la intromisión en la intimidad del recurrente ante valores más relevantes como eran los de determinar la autoría de un delito grave.</p> <p>El juicio de ponderación efectuado y la decisión adoptada respetó los principios de proporcionalidad y razonabilidad que exige el art. 363-2º. Se comunicó la decisión a los servicios médicos de la prisión donde se encontraba el recurrente, y señalado el día y hora para la extracción, se comunicó a las partes que nada significaron --tampoco la representación del recurrente--. Finalmente el informe en todo, según lo ordenado por el Juez, por la Sección de Biología --ADN, del Servicio Central de Análisis Científicos, obra a los folios 306 y siguientes de las actuaciones--.</p> <p>En esta situación sólo cabe concluir --como ya efectuó el Tribunal sentenciador en el f.jdco. primero-- que la toma de la muestra se ajustó al protocolo legal en el que no se exige que consten en los autos de forma documentada la forma en la que se llevó a cabo extracción, constando en la pericial citada tanto la analítica seguida y los protocolos científicos utilizados, así como la identidad de los autores del informe.</p> <p>Debe rechazarse la denuncia del recurrente y por el contrario, declarar ajustada a derecho la forma en la que se llevó a cabo la recogida y analítica de la muestra de ADN.</p>
<p>STS: 1267/2006 RC:1352/2006 Fecha: 20/12/2006 Ponente: Diego Ramos Gancedo</p>	<p>La sentencia fundamenta su convicción en base a la prueba pericial genética practicada por los funcionarios de Policía Científica nº 52453 y 52454 (informes IP 04/134t.02 y nº IP 04/2023/01 obrantes a los folios 36 y 40 de las actuaciones, ratificados en el juicio oral) sobre los restos biológicos obtenidos de los sellos con los que se franquean los tres sobres manuscritos que contenían el texto amenazante y sobre los restos biológicos obtenidos de una colilla de tabaco perteneciente a la acusada, dictámenes que concluyen categóricamente que existe una identidad penal entre el perfil genético de las cuatro muestras (los tres sobres y la colilla) y que la probabilidad de coincidencia con otra persona es de 1,03 billones sobre el conjunto estadístico de la población española.</p> <p>Por su parte, la recurrente niega la validez de la prueba alegando que en la obtención de la misma que acordó el Juez de Instrucción por Auto de 1 de marzo de 2.005 no concurren los requisitos de proporcionalidad y necesidad exigibles para la práctica del análisis de los perfiles genéticos del investigado. Lo</p>

	<p>que ocurre, sin embargo, es que la prueba valorada por el Tribunal a quo no fue la que autorizaba el mencionado Auto mediante la obtención de restos biológicos de la acusada, a cuya donación se negó ésta y no llegó a practicarse, sino en el análisis científico de las muestras biológicas de una colilla de cigarrillo abandonada por la acusada y que fue recogida inmediatamente por un funcionario policial que realizaba labores de seguimiento de la misma dentro de la investigación desarrollada por el envío de cartas amenazantes.</p> <p>La prueba de ADN se practicó sobre esa colilla deshechada por la acusada, dato éste sobre el que se practicó prueba testifical del agente que la recogió, y por consiguiente resulta de plena aplicación el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2.006, que menciona la sentencia recurrida, en orden a que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial (doctrina ratificada en las sentencias de 14.02.06 y 20.03.06), plenamente aplicable aquí por cuanto conforme lo expuesto, la muestra biológica sobre la que se obtiene el ADN de la acusada se encuentra en una colilla voluntariamente abandonada en la calle, comprándose con el obtenido en el examen pericial del cuerpo del delito: las cartas amenazantes; prueba pericial pues plenamente válida y así valorable por la Sala ya que en nada le afecta al auto del Instructor de 1 de marzo de 2.005.</p>
<p>STS: 940/2007 RC:10205/2007 Fecha: 07/11/2007 Ponente: Luis-Román Puerta Luis</p>	<p>Dice la parte recurrente, en apoyo de este motivo, que “la recogida de muestras de saliva del acusado para su análisis de ADN vulnera el art. 363 de la LECrim., en su párrafo 2º, en cuando en el mismo se exige una resolución motivada del Instructor para la obtención de muestras biológicas del sospechoso; y pone de manifiesto que han sido los propios miembros de la Guardia Civil (parte interesada) quienes han manifestado ante el Tribunal que el acusado se prestó voluntariamente a la toma de muestra de saliva con tal finalidad, y que, en el acta de la correspondiente diligencia, no consta que el acusado fuera expresamente advertido, cuando le tomaron las muestras de saliva, de que tenía por finalidad el análisis de su ADN”.</p> <p>Pone de relieve también la parte recurrente que, aunque el acusado entiende el idioma español, “ello no significa que comprenda determinados términos que no está acostumbrado a manejar en su vida diaria”, así como que no se realizó petición de intérprete ni de abogado para la diligencia de entrada y registro en el domicilio y toma de muestras de saliva. De ahí que no pueda considerarse “la voluntariedad a la realización de dicha prueba” (“el Sr. Amagnouj se encontraba detenido cuando se lleva a cabo la toma de muestras, por ello debe ser preceptiva la asistencia letrada”, que estima preceptiva “para el asesoramiento sobre los derechos” que</p>

	<p>asisten a los detenidos). En suma, entiende la parte recurrente que se ha producido una verdadera indefensión para este acusado y una falta de tutela judicial efectiva.</p> <p>En principio, ha de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente en cuanto se refiere a la posibilidad de asesoramiento de Letrado –dada su condición de detenido- para prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas (v. art. 520., por todas, STC de 3 de abril de 2001 y STS de 16 de mayo de 2000, relativas al consentimiento para la práctica de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, que sientan una doctrina aplicable lógicamente al consentimiento para la obtención de dichas muestras), y, en buena medida, la relativa a la asistencia de intérprete [v. art. 520.2, e) LECrim.]. Mas, dicho esto, es preciso tener en cuenta también:</p> <p>a) que la diligencia de entrada y registro en el domicilio del acusado, en el curso de la cual tuvo lugar la toma de saliva del mismo, con su consentimiento, se llevó a efecto en méritos del auto del Juez de Instrucción que autorizó aquella diligencia, la cual fue llevada a cabo por funcionarios de la Guardia Civil, con la presencia de la Secretaria Judicial, del Magistrado-Juez del referido Juzgado, de la víctima y del propio acusado –Mohamed Amagnouj- (v. HP), por lo que, ante la eventual negativa de éste a dicha toma, el Instructor –presente en dicha diligencia- podía haber dictado en dicho momento la oportuna resolución motivada acordando la obtención de la muestra; b) que la obtención de dicha muestra orgánica guardaba una relación directa con la ocupación, durante el referido registro domiciliario, de “una funda de almohada que presenta(ba) diversas manchas”, y que, en aquellos momentos, se tomó también una muestra de la saliva de la víctima –Sr. Ferreras-, cuyo análisis, junto con el de las manchas de la almohada, hubiera sido igualmente relevante a los efectos propios de la investigación de estos hechos, aun sin contar con la muestra de saliva del acusado; c) que, en relación con las manchas de la almohada, debemos recordar que, en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de fecha 31 de enero de 2006, se tomó el siguiente acuerdo: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras orgánicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”; d) que, en cuanto al conocimiento de nuestra lengua por el acusado, el Tribunal de instancia ha puesto de manifiesto que había podido apreciar directamente, en el juicio oral, que el mismo “entendía perfectamente y sin dificultades todo aquello que se le decía” (v. FJ 1º), debiendo destacarse, por ello, que el derecho a la asistencia de intérprete se reconoce al extranjero “que no comprenda o no hable el castellano”; y, e) que, en último término, el análisis y cotejo de la muestra de saliva del acusado con los restos orgánicos de la almohada no constituye, en el presente caso, una diligencia absolutamente precisa para la investigación ni especialmente</p>
--	--

	<p>relevante para la prueba de los hechos enjuiciados en esta causa, por cuanto el Tribunal de instancia contó a tal fin, como pruebas de cargo, con el testimonio de la víctima, con las corroboraciones del mismo derivadas del resultado del reconocimiento que le hizo el Médico Forense, y con las derivadas del cotejo de las muestras orgánicas de la almohada recogida en el domicilio del acusado con las obtenidas de la víctima.</p> <p>Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta las exigencias de los principios de proporcionalidad y racionalidad -inherentes a todo proceso judicial-, el carácter ciertamente limitado de la vulneración constitucional aquí denunciada -desde la perspectiva del conjunto de la prueba de cargo de que ha dispuesto el Tribunal de instancia-, y la ponderación con que siempre deben tomarse las decisiones relativas a la nulidad de los actos procesales (v. arts. 11.1, 238.4º y 243 LOPJ), es preciso concluir que no procede la estimación de este motivo con la pretensión con que lo ha formulado la parte recurrente (que “se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se produjo la vulneración de derechos fundamentales”), pues, en principio, la única consecuencia derivada de la vulneración constitucional en la obtención de algún medio probatorio no puede ser otra que la exclusión de dicha prueba del acervo probatorio de la causa, cosa que –como hemos dicho-, en el presente caso, carecía de relevancia en cuanto el Tribunal dispuso de una prueba de cargo regularmente obtenida y con entidad suficiente para poder enervar el derecho del acusado a la presunción de inocencia, al margen de la prueba cuestionada.</p>
<p>Sts: 1062/2007 RC:1128/2007 Fecha: 27/11/2007 Ponente: José Antonio Martín Pallín</p> <p>Identificación por comprobación de huellas genéticas. Las muestras no invaden la integridad corporal (colilla y esputo) por lo que no se necesita autorización judicial. Cumplimiento de los protocolos científicos.</p>	<p style="text-align: center;">TERCERO.- El motivo tercero se refiere a los dos recurrentes Gaizka Gañan y Orkatz Gallastegui en cuanto que consideran que el análisis del perfil genético se realizó sin ningún tipo de control ni garantía de protección de los datos personales, se supone que de los dos recurrentes, aunque este dato no queda claro.</p> <p style="text-align: center;">1.- La impugnación se basa en que el análisis de ADN superó las barreras de la simple identificación para internarse por cauces de investigación no codificantes que suponían la obtención de datos que afectaban a rasgos genéticos que no debían incorporarse a la causa por poder determinar la existencia de enfermedades u otros datos sensibles, excesivos e innecesarios para la simple identificación personal por el método no codificante.</p> <p style="text-align: center;">2.- Según la parte recurrente, los vestigios corporales obtenidos para identificar a los dos recurrentes (una colilla y un esputo), se obtuvieron sin mandamiento judicial y sin estar perfectamente acreditada su motivación.</p>

	<p>El resto de las alegaciones, con profusión de citas de normas reguladoras de la protección de los datos personales y de la garantía de confidencialidad y limitación de los datos genéticos en los archivos policiales, no aporta dato alguno que permita afirmar que la cadena de custodia y el archivo de los perfiles genéticos se haya realizado sin las debidas garantías.</p> <p>3.- Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos.</p> <p>Suscita, con carácter general, si la huella genética, una vez analizada y codificada, constituye un indicador identificativo no sólo de la persona sino de sus posibles patologías con la consiguiente lesión o deterioro de sus derechos a la intimidad.</p> <p>Los laboratorios de la Ertzainza y los bancos de datos genéticos derivados del ADN, se ajustan a las previsiones de la Ley Orgánica de 13 de Diciembre de 1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. La Ertzainza regula los protocolos de actuación en estos casos en virtud de una Orden de 2 de septiembre de 2003. No obstante insiste en que la forma de recogida de datos solo se puede hacer a través de la información facilitada libremente por el interesado, en virtud del derecho de autodeterminación informativa, después de un consentimiento suficientemente informado o, en su caso, en virtud de requerimiento judicial.</p> <p>En consecuencia, sostiene que se produce el efecto cascada previsto en el artículo 11, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su opinión el vicio inicial insubsanable, arrastra o acaba con su virtualidad probatoria y su utilización como prueba de cargo. Advierte que, los peritos analizaran la prueba que les llega, anonimizada, ya que ignoraban su procedencia y además había sido obtenida de forma aséptica y sin intervención corporal alguna.</p> <p>4.- No nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma derivada de un acto voluntario realizado por los sujetos objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.</p> <p>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</p>
--	--

	<p>puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos y la colilla se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. Sólo se denuncia la ausencia de intervención judicial.</p> <p>Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.</p> <p>5.- Uno de los aspectos que se denuncian es el relativo a 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.</p> <p>6.- En cuanto a la autodeterminación o "habeas data" informativo creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales.</p> <p>La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley.</p> <p>Si relacionamos este precepto con el</p>
--	--

	<p>artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.</p> <p style="text-align: center;">7.- La Ley de 13 de Diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que, en modo alguno, supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajada la nulidad absoluta del análisis practicado.</p> <p style="text-align: center;">La orden de 2 de Septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecable, respeta el principio de autodeterminación de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez mas insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.</p> <p style="text-align: center;">La impugnación de sus resultados sólo es posible sometiendo a una discusión técnico-científica el dictamen analítico y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada.</p> <p style="text-align: center;">Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado</p>
<p>STS: 813/2008 RC:10136/2008 P Fecha: 02/12/2008 Ponente: José Ramón Soriano Soriano</p> <p>Prueba pericial de ADN. Corrección procesal de su práctica en juicio.</p>	<p style="text-align: center;">CUARTO.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. denuncia el modo de obtención y práctica de la prueba de ADN que la implicó en los hechos, provocando una indefensión total.</p> <p style="text-align: center;">1. Nos dice que se cometió una grave infracción por el tribunal sentenciador en el modo en que fue admitida la prueba. Todas las pruebas de ADN eran negativas hasta que en la fecha del juicio el Fiscal solicita una ampliación o aclaración del informe, cuya práctica se fue retardando hasta el momento del juicio en el que la acusada manifestó su protesta.</p> <p style="text-align: center;">2. La formulación del motivo no se ajusta a los cánones procesales mínimos, propios de la más elemental práctica casacional, como deja ver el fiscal en su certero y ponderado informe de impugnación, en primer lugar, porque el</p>

	<p>motivo se articula por un cauce que debe partir del más absoluto respeto a los hechos probados, que precisamente se quieren modificar con la declaración de nulidad de la prueba genética, al haberse desarrollado en las sesiones del juicio oral, y en segundo lugar el motivo debería haberse articulado por el cauce de vulneración de derechos fundamentales del artículo 852 L.E.Cr., denunciando lesión del derecho a un proceso público con todas las garantías, con proscripción de indefensión y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, en cuanto la prueba del ADN se habría obtenido con lesión del derecho de contradicción.</p> <p>3. Prescindiendo de las deficiencias formales antedichas, podemos afirmar de modo apodíctico, en defensa de la regularidad de la cadena de custodia, que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 31-1-2006 proclamó que "La Policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonados por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". De la misma manera la STS de 14.2.2006 expresó que "la recogida de muestras se deberá hacer de ordinario por el Juez de instrucción, aunque en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también podrá actuar la Policía judicial sobre la base de los artículos 326 y 282 L.E.Cr., incluso en aquéllos supuestos en que la policía hubiera recogido el vestigio sin concurrir razones de urgencia o riesgo de desaparición la prueba no sería nula, sin perjuicio de la devaluación garantista de su autenticidad, que podría llegar a la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofreciese garantía alguna".</p> <p>En el supuesto de autos la policía judicial en labores de investigación descubrió en un contenedor de basura las piezas de convicción, que necesariamente debió recoger de inmediato, dado el riesgo de pérdida o devaluación de los fluidos que contenían para proceder al inmediato análisis, evitando el peligro de desaparición de esa fundamental fuente de prueba. Actuó por tanto de conformidad a los arts. 326 y 282.</p> <p>4. En orden a la práctica de la prueba tampoco se detecta irregularidad alguna, sino que el desarrollo de la misma se produjo con absoluto respecto a los principios de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad de armas. La práctica de la prueba pericial (véase art. 478) y previamente la recogida de las piezas de convicción sometidas a análisis (326 p. 3 L.E.Cr., reformado por la Ley Orgánica nº 15 de 25-11-2003) se ajustaron plenamente a la legalidad vigente, ya que es perfectamente posible que la policía recoja o el juez ordene la recogida para su custodia y examen de las muestras halladas en el locus delicti o en cualquier otro lugar para su examen biológico, que es precisamente como se hizo en el caso que nos afecta. El Instituto Nacional de Toxicología -como nos recuerda el Fiscal- examinó la ropa encontrada en un contenedor de basura próximo al lugar de ejecución del hecho, que pertenecía al acusado, detectando en ella sangre de las víctimas y restos genéticos del acusado, produciéndose el denominado "doble vínculo", pues en el</p>
--	---

	<p>mismo material examinado se hallan fluidos o restos biológicos del autor y de la víctima, lo que otorga a la prueba un valor determinante e incontestable.</p> <p style="text-align: center;">El principio de contradicción, que podía ocasionar indefensión, fue en la hipótesis de autos plenamente respetado y con más razón si como establece la S.T.C. nº 1/2006 "la posterior posibilidad de contradicción en juicio oral cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier defecto, que conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase de instrucción"; en otros términos puede afirmarse que "no existe vulneración del principio de contradicción cuando aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad, de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa". La emisión del dictámen pericial, dentro del juicio e incluso con suspensión del mismo, la prevé el art. 725 L.E.Cr.</p> <p style="text-align: center;">Por lo expuesto el motivo no puede merecer acogida.</p>
<p>STS: 1190/2009 RC:10663/2009 P Fecha: 03/12/2009 Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</p> <p>Prueba de ADN. Doctrina Sala recogida muestras.</p>	<p>A) recogida de la lata de cerveza por la Policía, sin levantarse acta ni intervención del secretario judicial. Cadena de custodia.</p> <p>Como ya dijimos en SSTS. 1337/2005 de 26.12 y 1281/2006 de 27.12 no es precisa la intervención de Secretario judicial en la inspección ocular realizada por la Guardia Civil. La Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría, y 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 Le criminal que expresamente 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".</p> <p>Se trata en todo caso, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim. atribuyen a la Policial Judicial y el art. 11.1 g de la LO. 2/86 otorga a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad. El descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre, etc... 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.</p> <p>En tal sentido pueden citarse las sentencias de esta Sala de 7.10.94, 9.5.97 y 26.2.99, 26.1.2000, que recuerdan que los arts. 326 y 22. LECrim. se han de poner en relación con los arts 282 y 786.2 (actual art. 770.3) del mismo Texto Legal y con el Real</p>

	<p>Decreto 769/87 de 17.6, regulador de la Policía Judicial, de cuya combinada aplicación se puede llegar a establecer que la misión de los funcionarios policiales se extiende a la recogida de todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiera peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. Estimación que no quebranta el art. 326 LECrim. ni se causa indefensión, por el hecho de que los vestigios hallados por los especialistas en identificación, sean remitidos a los respectivos Gabinetes científicos.</p> <p>En cuanto que no se levantara acta de la diligencia de ocupación de la lata y no estuviera presente secretario judicial, carece de relevancia, toda vez que la prueba del hecho no radica en el acta de ocupación, sino en el testimonio prestado por los funcionarios en el juicio oral con todas las garantías relatando las circunstancias y resultado del registro practicado.</p> <p>En efecto, el acta levantada por el secretario judicial constituye el único vehículo que permite la valoración de la diligencia como prueba preconstituida en cuanto a su contenido y la reseña de los efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa a la propia naturaleza de la función orgánica atribuida al Secretario Judicial.</p> <p>Por tanto la presencia del secretario es requisito necesario para la validez de esta actuación como prueba preconstituida, pero no para la validez de una diligencia policial como mero acto de investigación y así al tratarse de meras diligencias de investigación carecen en sí mismas de valor probatorio, aunque se reflejen documentalmente en un atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudiesen derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, la declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la intermediación.</p> <p>Pues bien en el caso presente el informe técnico-policial 0131/2007 del Laboratorio de Criminalística de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza en relación a la inspección ocular escenario del hecho fallecimiento de Victoriano Francés Barreta (folio 243 a 269) detalla como en el cuarto-cocina del domicilio de la víctima, en el cubo de basura que se encontraba en el armario situado en el lateral izquierdo, bajo la poza, se localizó una lata de cerveza, marca San Miguel 0,0, abierta y consumida (ver fotografía nº 07, folio 250).</p> <p>En el acto del juicio oral compareció el instructor de tal informe Guardia Civil 215187-M, responsable de Criminalística de la Guardia Civil de Zaragoza quien ratificó dicho informe, manifestando que ene. cubo de basura había una lata consumida. Se fijó en los bordes para localizar el ADN. Al detenido se le reseñó y se le tomaron muestras por el medico forense. La muestra que se toma de los objetos es la que se remite al laboratorio de</p>
--	--

	<p>Madrid. De la casa del fallecido se recogieron dos latas y de la vivienda del detenido se recogió una. El perfil genético del acusado coincide con las muestras tomadas en la lata del cubo de basura. Solo eran de un donante. Generalmente no hay márgenes de error en este tipo de muestras. Dan un 99% de fiabilidad. Asimismo el Guardia Civil nº P 86325 Q declaró en el plenario que en la inspección ocular apareció en la bolsa de basura una lata de cerveza que había sido consumida. Que estuvieron en la vivienda hasta que llegó la policía científica. Que en el primer registro en el domicilio del acusado le pidió a la secretaria que hiciera constar una lata de cerveza que se intervino.</p> <p>El Guardia Civil con carnet profesional Z379091 relató en el juicio oral que en el piso del fallecido encontraron dos latas, una de ellas en el cubo de basura. En el domicilio del acusado se encontró una lata de cerveza, marca San Miguel 0,0 como la encontrada en la casa del fallecido.</p> <p>En el mismo sentido el Guardia Civil V 50425 P indicó que en el domicilio de la víctima había una lata de cerveza en el cubo de la basura y otra en la cocina.</p> <p>Consecuentemente ha existido prueba constituida por la testifical de los guardias civiles intervinientes practicada ante el tribunal "a quo" con las debidas condiciones de inmediación y contradicción acreditativa de la ocupación en el cubo de basura del domicilio de la víctima de una lata de cerveza San Miguel.</p> <p>TERCERO: En relación a la cadena de custodia el problema que se plantea es garantizar que dado que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio de lo juzgado es lo mismo. Es a través de la cadena de custodia como le satisface la garantía de la "mismidad" de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que tiñe de valor jurídico con el fin de en su caso, identificar el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge del lugar del delito hasta el momento final que se estudia, y en su caso, se destruye.</p> <p>a) En el caso que nos ocupa consta que la lata de cerveza San Miguel 0,0 lote 331770953, y fecha caducidad 26.6.08 intervenida en el primer registro de la vivienda del acusado realizado el 11.9.2007, fue identificada como la muestra 103/07.03 y remitida al Laboratorio de la Unidad orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Zaragoza, para su análisis, quedando a disposición del Juzgado Instrucción nº 11 de Zaragoza (ver</p>
--	---

	<p>diligencia folio 167 bis), constando su recepción por dicho Laboratorio ese mismo día 11.9.2007, (folios 278 a 279).</p> <p>b) Respecto a las dos latas de cerveza, del mismo numero de lote y fecha de caducidad que la anterior, halladas en el domicilio del fallecido, una abierta y consumida en el cubo de basura y otra sin abrir en una encimera de la cocina consta que fueron recogidas por el Laboratorio de Criminalística de la U.O.P.J. Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza (ver informe técnico policial 0131/2007, folio 250), procediendo a realizarse sobre ambas su estudio lofoscópico efectuándose examen de las superficies aptas, mediante la aplicación de las distintas técnicas y reactivos idóneos para este tipo de soportes, en una búsqueda tendente a la localización de posibles huellas latentes que condujeran a la identificación del autor, es del hecho, obteniendo un resultado negativo (folios 266 y 267).</p> <p>Asimismo sobre la lata abierta y consumida recogida en el cubo de basura de la cocina se realizó un estudio biológico extrayéndose residuos biológicos en el borde superior junto a la zona de apertura, remitiéndose Kit con dichas muestras –por tanto no la lata- al Departamento de biología del Centro de Investigación y Criminalística (SECRIM) de la Dirección General de la Guardia Civil en Madrid, solicitándose la elaboración de los polimorfismos de ADN a la muestra biológica debatida y estudio comparativo de la /s muestras indubitadas recogidas en el resto de actuaciones del caso (folio 266).</p> <p>Consta que ambas latas fueron entregadas en el Juzgado de Instrucción nº 11 (folio 269), quien con fecha 2.10.2007 remitió al Juzgado Decano (deposito judicial de efectos) entre otros objetos: 1 lata de cerveza San Miguel 0,0, y 2 latas vacías de cerveza San Miguel 0,0 (folio 273), obrando el resguardo de deposito de las mismas de la misma fecha del Decanato (folio 294), si bien solo hace referencia a las dos latas vacías de San Miguel (esto es, las intervenidas, respectivamente, en el domicilio del acusado y en el cubo de basura de la cocina de la víctima), pero la falta de referencia a la lata sin consumir hallada en la vivienda de la víctima, no tiene especial relevancia, desde el momento en que el examen lofoscópico sobre la misma dio resultado negativo.</p> <p>Por último, consta en el informe 07/10788/BI-01, fechado el 19.5.2008 del Servicio Criminalística de la Dirección General de la Guardia Civil (Madrid) Departamento de Biología, que el día 16.10.2007 tuvo entrada en dicho Servicio el escrito nº 2507, de fecha 6.10.2007 de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil de Zaragoza, por el que se remitían, entre otras evidencias, la nº 07/10788/007, Kit porta hisopos conteniendo dos hisopos aplicados por la “boca” de la alta de cerveza hallada en el cubo de basura, identificados como “131/07-15”.</p> <p>Consecuentemente no hay dato alguno del que inferir que no se haya mantenido la cadena de custodia, insistiéndose en que lo remitido al Departamento de biología para su análisis no fue la lata</p>
--	---

	<p>intervenida en la bolsa de basura, sino los hisopos con residuos biológicos extraídos de su borde superior.</p> <p>c) Resta pronunciarse sobre la referencia contenida en este apartado del recurso al hallazgo de los restos biológicos del acusado en la lata de basura y que la sentencia toma como base para la condena, insinuándose que como el propio acusado declaró en su momento que, mientras se hallaba detenido en los calabozos un Guardia Civil le dio a beber una lata de cerveza sin alcohol, hecho que no dejó de extrañar al recurrente, y que incluso fue reconocido por uno de los Guardias Civiles en el acto de la visto, lo que perfectamente explicaría el hallazgo posterior. Insinuación absolutamente inaceptable pues se está poniendo de relieve una posible manipulación de pruebas para implicar al acusado, huérfana de cualquier sustrato probatorio, no solo porque aquel Guardia Civil añadió también en su declaración que el bote de cerveza de los calabozos, una vez bebido, se tiró a la papelera y no se guardó, sino porque debe tenerse en cuenta que Marian fue detenido a las 14,45 horas del día 12.9.2007 (folio 154) y la lata en la que aparecieron sus restos biológicos fue ocupada, a partir de las 5,20 horas, el día 6.9.2007, esto es 6 días antes (folios 245 y 250).</p> <p>b) con referencia al registro de la vivienda del acusado realizado el 11.9.07 sin la preceptiva autorización judicial, al no constar en autos el auto del juzgado de instrucción 6 que autorizó el Registro, el punto de partida es si “objetos intervenidos en un registro realizado en unas diligencias seguidas contra una persona pueden ser introducidos en proceso distinto seguidos contra esta persona pueden ser introducidos en proceso distintos seguidas contra esta persona, sin afectación del derecho a la inviolabilidad domiciliaria. Esta Sala ha analizado estas cuestiones relativas a la tramitación de procedimientos diferentes en los que se pretende hacer uso a medios de prueba obtenidos en otros distintos y ha llegado a rechazar la posibilidad de utilizarlos cuando no existe el menor vestigio documental ni de la petición policial de entrada y registro ni de su concesión; considerando que ello afecta a requisitos de legalidad constitucional, lo que exime del resto de las cuestiones de legalidad ordinaria que puedan suscitarse.</p> <p>Ahora bien en el caso presente consta, folios 73 y ss. que como consecuencia de dos robos en los que aparecía implicado Marian Oae, se practicó un registro en su domicilio el día 11.9.2007, previo mandamiento de entrada y registro del Juzgado Instrucción nº 6 Zaragoza, así figura en el acta de entrada y registro obrante a los folios 174 y 175, en la que se refiere como el secretario judicial entrega copia del auto al acusado presente, todo ello en el marco de las diligencias indeterminadas 148/07, ocupándose en este registro (ver folio 174 vuelto una lata de cerveza San Miguel 0,0% de color azul, verde y gris, lote nº 331.770.953, de fecha 26.6.2008.</p> <p>Pues bien no se ha aportado pro el recurrente resolución alguna en el sentido de declarar la nulidad de ese primer registro –con</p>
--	---

	<p>posterioridad se practicó en las presentes diligencias un nuevo registro, el día 12.9.2007, judicialmente autorizado (folios 60 y 182 a 184), cuya legalidad desde la perspectiva constitucional y ordinaria no ha sido cuestionada y la prohibición de valorar cualquier prueba que directa o indirectamente derivase de aquella diligencia.</p> <p>Consecuentemente y partiendo de que no puede establecerse una presunción de que cualquier actuación judicial practicada en otro procedimiento en cuanto afecta a derechos fundamentales, en el caso presente, la conformidad con las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria del primero de los registros se desprende del propio procedimiento, aunque se trate de diligencia realizada en otro distinto.</p> <p>En este punto debemos destacar el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26.5.2009 que si bien relativo a la habilitación de escuchas telefónicas procedentes de diligencias distintas a las que corresponden al juicio, puede ser aplicable a las entidades y registros domiciliarios, el contenido de dicho acuerdo es el siguiente: “En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones – en este caso de la inviolabilidad del domicilio – es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba”.</p> <p>Supuesto que sería el contemplado en el caso presente en el que el recurrente no cuestionó en la instrucción ni en la instancia la existencia y regularidad en la obtención del auto judicial de fecha 11.9.2007 autorizando la entrada y registro en el domicilio del mismo.</p> <p>QUINTO: Respecto a la extracción de ADN en las propias dependencias policiales sin que el acusado expresase su consentimiento previo, ni los agentes actuantes consten con la preceptiva autorización judicial ni, por supuesto estuviese presente un letrado que asistiese al detenido, siendo al parecer dicha muestra la que se remitió a Madrid para su posterior análisis, debemos recordar –dice la STS. 179/2006 de 14.2- que en nuestro panorama legislativo actual, quedan bien diferenciadas la</p>
--	--

	<p>obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.</p> <p>En el primer caso contamos con el art. 363 L.E.Cr. y para el segundo el 326 L.E.Cr., ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.</p> <p>En el 363, párrafo 2º se dice: "Siempre que concurran 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 intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".</p> <p>El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: "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 aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282".</p> <p>Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.</p> <p>En los otros supuestos será el art. 326 L.E.Cr. sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de "garantizar la autenticidad" de la recogida de la muestra y posterior análisis.</p> <p>Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.</p> <p>Esa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció: "La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".</p> <p>Acuerdo que ha sido recogido en las SSTS. 179/2006 de 14.2, 20.3.2006 y 701/2006 de 27.6, 949/2006 de 4.10, 1267/2006 de</p>
--	--

	<p>20.12.</p> <p>La aplicación de la doctrina anterior hace inasumible la queja del recurrente en las diligencias 103/07 del Equipo de Policía Judicial de Egea de los Caballeros, Comandancia 2081ª de la Guardia Civil de Zaragoza. Consta la muestra 103/07.04. Kit de muestra biológica realizada con autorización al detenido Marian Oae, la cual fue realizada con su consentimiento y remitida al Laboratorio de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Comandancia de Zaragoza para su análisis, quedando a disposición del Juzgado Instrucción nº 11 de Zaragoza (folio 167 bis), lo que resulta corroborado por el propio acusado que en su declaración ante el instructor (folio 190) manifestó que “le tomaron una muestra de saliva la Guardia Civil y muestras de las uñas y de su ropa y que el declarante consintió voluntariamente... y está conforme en que se le vuelva a tomar otra muestra de saliva”.</p> <p>Por auto de 14.9.2007, el Juez instructor, con base a los arts. 363.2 y 326 LECrim, autorizó la extracción de células epiteliales de la mucosa bucal a Marian Oae, debiéndose efectuar la extracción por medico forense, a efectos de posibilitar su ulterior remisión al Laboratorio correspondiente por parte de la Policía Judicial para los cotejos con los hallazgos de perfil genético en relación al homicidio objeto de la causa, (folios 194 y 195).</p> <p>Ese mismo día, 14.9.2007, por la medico forense se procedió a la toma de dos hisopos con muestras de epitelio bucal de Marian Oae, siendo entregadas dichas muestras al Laboratorio de Criminalística de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil de Zaragoza (agente nº Y88793 X).</p> <p>Consecuentemente las diligencias impugnadas se practicaron con pleno respeto a los derechos fundamentales del recurrente.</p>
<p>STS: 151/2010 RC:2005/2009 Fecha: 22/02/2010 Ponente: Manuel Marchena Gómez</p> <p>NEGATIVA A SOMETERSE A PRUEBAS DE ADN: valoración por el Tribunal de esa negativa. Confirmación de otros indicios.</p>	<p>) La Sala de instancia ha valorado de modo especial la negativa del acusado a someterse a las pruebas de ADN precisas para acreditar si los restos de sangre que fueron hallados en los vehículos usados por el acusado, que apuntan a que dicha sangre podía provenir de la herida redondeada que presentaba aquél el día de su detención, tenían los mismos marcadores genéticos que los de Licerio.</p> <p>La defensa –que pone el acento en el hecho de que en el automóvil no fueran reveladas huellas del recurrente- censura la inferencia de la Sala de instancia con el argumento de que “...la acusación podía haber cuestionado dicha prueba y en todo caso, a los efectos de dilucidar la autoría de los procesados, solicitar al Tribunal el correspondiente oficio a los centros hospitalarios para que informaran sobre este extremo” (sic). Para justificar la negativa del Licerio, añade que se trata de “...una prueba que sin duda vulnera el derecho a la integridad de cualquier ciudadano, no estando obligado ni el Sr. Reches Riera ni nadie a someterse a su práctica”.</p> <p style="text-align: center;">No podemos coincidir con tal razonamiento.</p>

La prueba de ADN, incluso con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que acabó con la previgente situación de anomía legislativa, no implica, desde luego, una exigencia de autoincriminación. En palabras del TC, "...las pruebas de detección discutidas –se está refiriendo a las pruebas de precisión alcoholométrica-, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente" (STC 161/1997, 2 de octubre).

Tampoco conllevan una vulneración del derecho a la integridad física que no esté constitucionalmente legitimada. Es cierto que, en algunas ocasiones, la obtención de muestras corporales puede implicar una afectación, siquiera leve, de ese derecho a la incolumidad. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, ese derecho no puede considerarse, en modo alguno, absoluto. Como apunta la STC 207/1996, 16 de diciembre, "...la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (-art. 18.2 y 3 CE-), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas". La simple lectura de los arts. 363 párrafo 2º y 326 párrafo 3º de la LECrim, ponen de manifiesto la suficiente cobertura legislativa y, por tanto, el cumplimiento de las exigencias inherentes al principio de legalidad para la limitación de derechos fundamentales.

Sentada la incuestionable legitimidad de la prueba de ADN, la valoración jurisdiccional de la negativa del acusado a someterse voluntariamente a la extracción de muestras de contraste, ha sido también objeto de tratamiento en la

	<p>jurisprudencia de esta Sala. Paradójicamente, es en el ámbito de la jurisdicción civil donde las consecuencias de la negativa del demandado a someterse a esas pruebas se contemplan con mayor rigor. De hecho, en materia de acciones de filiación, el art. 767.4 de la LEC llega a afirmar que "...la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".</p> <p>En el ámbito penal, la STS 1697/1994, 4 de octubre, valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN, en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria "...apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción «iuris tantum» de inocencia consiste". En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero, recordó que "...cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador". Puede también traerse a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders versus Reino Unido), que en su parágrafo 69 afirma que el derecho a guardar silencio no se extiende al uso, en un procedimiento penal, de datos que se hayan podido obtener del acusado recurriendo a poderes coercitivos y cita, entre otras, las tomas de aliento, de sangre y de orina.</p> <p>Y esto es, sin duda, lo que ha acontecido en el supuesto que nos ocupa. El acusado-recurrente expresó su negativa a someterse a la prueba de ADN, alegando que "...así se lo había aconsejado su Abogado". Es cierto que esa negativa no hace sino expresar el libre ejercicio del derecho del imputado a no colaborar en la obtención de las pruebas de cargo. Pero también es cierto que el Tribunal a quo puede valorar esa negativa de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia constitucional y de esa misma Sala.</p> <p>En el ámbito del proceso penal, el imperio del art. 24.2 de la CE, al reconocer el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo, impide al órgano jurisdiccional, en aquellos casos en los que el imputado se niega a declarar, interpretar el ejercicio de este derecho como una causa que exonere al Ministerio Fiscal del desafío probatorio que asume desde el inicio de las investigaciones.</p> <p>Más allá de la discutible calificación por algunos de ese silencio o de las explicaciones inverosímiles como indicios</p>
--	--

	<p>endoprocesales, lo cierto es que su adecuada ponderación es obligada, no como indicio o contraindicio, sino como elemento de respaldo de la inferencia probatoria obtenida por el Tribunal a partir de los verdaderos indicios. Reiterando la doctrina expuesta en la Sentencia 1736/2000 de 15 de noviembre, la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad -ellos mismos, y por sí mismos- de conducción por vía deductiva y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia.</p> <p style="text-align: center;">Es ese recorrido metodológico el que emplea el Tribunal de instancia para formular el juicio de autoría. La negativa de Licerio Riches a someterse a las pruebas de ADN no es un indicio más a sumar a los verdaderos indicios, pero sí puede ser valorada por el órgano decisorio como un elemento que avala la lógica de la inferencia sobre la que se apoya la conclusión de que el recurrente es autor de los delitos imputados. Está fuera de dudas que la declaración de responsabilidad del acusado está respaldada por otros muchos indicios que son expuestos y sistematizados con ejemplar pulcritud por los Jueces de instancia.</p> <p style="text-align: center;">De ahí que el tesón dialéctico de la defensa, encaminado a demostrar la equivocación del Tribunal a quo esté condenada al fracaso.</p>
<p>STS: 158/2010 RC:11183/2009 P Fecha: 02/02/2010 Ponente: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar</p>	<p>2.- En segundo lugar al examinar la prueba de descargo la Sala valora incorrectamente los datos suministrados por los informes periciales de ADN: El informe elaborado por dos Biólogas de la Unidad Central de Análisis Científicos del Cuerpo Nacional de Policía analizó una muestra indubitada del acusado y comparando su resultado con el elaborado anteriormente de los restos prostáticos encontrados en el jersey de la víctima de la segunda agresión sexual, María del Pilar Marquez, estableció dos conclusiones: 1º) que el perfil genético obtenido de la primera muestra "no es compatible" con el de la segunda; y 2º) que el haplotipo de cromosomas "Y" de la muestra indubitada "no es coincidente" con el obtenido en los restos del jersey. Un segundo informe emitido por el Laboratorio de Genética del Instituto de Medicina Legal de las Palmas puso de relieve el escaso número de marcadores del cromosoma "Y" empleados en el análisis que en su día se hizo de los restos del jersey, en comparación con los que habitualmente se emplean en la actualidad; pero en posterior informe el mismo laboratorio concretó su valoración científica de las conclusiones del informe de la Policía Nacional dejando claro que, por la razón dicha, no compartía la conclusión segunda, sobre resultados obtenidos para el cromosoma "Y" pero en cambio estaba de acuerdo en cuanto a la conclusión primera, por lo que</p>

	<p>establecía como conclusión final que "el perfil genético obtenido a partir de la muestra indubitada" del acusado "NO ES COMPATIBLE con la mezcla de perfiles genéticos obtenida en el jersey cuyo análisis fué objeto del informe pericial" de la Policía.</p> <p>La coincidencia entre los dos peritajes estriba en que ambos mantienen que los perfiles genéticos de una y otra muestra no son compatibles. De donde resulta necesariamente la imposibilidad de que pertenecieran al acusado los restos prostáticos dejados por el agresor sexual en el jersey de la segunda víctima.</p> <p>Tiene por lo tanto razón el recurrente al poner de relieve que el perfil genético es singular en cada individuo y siempre idéntico en cada célula del mismo. Cuando no coincide el del acusado con el que aparece en el análisis biológico de los restos encontrados la ciencia afirma radicalmente y sin fisuras que debe excluirse que éstos restos le pertenezcan. Cuando no coinciden como sucede en este caso la certeza de que no le pertenecen es absoluta.</p> <p>La Sala de instancia se equivoca al no diferenciar entre la prueba de ADN con obtención del cromosoma "Y" con marcadores escasos y que pueden originar reservas o dudas, y una prueba de obtención del perfil genético esclarecedor de cualquier duda por ser único de cada individuo.</p> <p>Es pues imposible que fuera el acusado autor de la segunda violación.</p>
<p>STS: 634/2010 RC:10661/2009 P Fecha: 28/06/2010 Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez</p> <p>Intervención corporal: consentimiento del interesado.</p>	<p>Tercero. Con apoyo en el art. 852 Lecrim se ha alegado vulneración del art. 18,1 en relación con el art. 17,3 CE que proclaman la inviolabilidad de la intimidad personal, con vulneración también de lo dispuesto en el art. 24 CE. El argumento es que la obtención de las muestras de ADN tendría que ser declarada nula, pues fue llevada a cabo directamente y de manera autónoma por la policía durante la detención del que ahora recurre, que no consta hubiera estado en ese momento asistido de intérprete ni de letrado.</p> <p>Lo primero es decir que no le falta razón al recurrente en su denuncia de la irregularidad de la actuación, ya que hay buenas razones de legalidad procesal para exigir que intervenciones de esa clase se lleven a cabo en el ámbito estrictamente judicial, máxime cuando no concurren razones de urgencia. Pues, tal es en efecto, lo que resulta a contrario sensu de los arts. 363 y 778,3 Lecrim y del acuerdo de pleno de esta sala de 31 de enero de 2010, ya que en los primeros se requiere autorización judicial para la obtención del material biológico y en el tercero se faculta a la policía para la recogida por propia autoridad de las muestras biológicas abandonadas. Por tanto, en el supuesto contemplado, lo más legal sería haber acudido al juez.</p> <p>Ahora bien, dicho esto, también hay que decir que el recurrente manifestó a la policía (folio 1073) tener algún conocimiento del castellano, y que la naturaleza de la diligencia de</p>

	<p>obtención de saliva mediante un frotis era tan explícita en cuanto a la finalidad perseguida, que no debió presentar para él dificultad alguna de comprensión. Por otra parte, se trata de una actuación mínimamente o nada invasiva, que reclama del afectado una colaboración bastante menos intensa, incluso, que la requerida por la prueba de alcoholemia, cuyos efectos prácticos en el proceso, en casos como el de que se trata, no tendrían que ser de menor entidad desde el punto de vista de la eventual eficacia inculpatória de los datos así obtenidos. Que es lo que explica que el legislador en el caso de esta última, legalmente abordado de manera más sistemática, no haya estimado necesaria para su práctica la ponderación judicial.</p> <p>Pues bien, así las cosas, si es cierto que no puede dejar de ponerse de manifiesto la irregularidad innecesariamente producida, también lo es que lo que consta documentado ilustra de manera suficiente acerca de una actitud conscientemente colaboradora del afectado. Y, en fin, aunque, tiene razón el Fiscal, la existencia de un auto del juzgado ordenando la toma de muestras de Panait para la determinación de su ADN, dictado cuatro días más tarde, no podría retroactuar transformando a posteriori el proceder policial en judicial, también lo es que, por lo razonado, sirvió para dotar de cobertura judicial a la realización del análisis, y, en fin, el coeficiente de irregularidad constatable no puede tener el alcance que pretende el recurrente, a tenor del grado de afectación de los derechos fundamentales en juego.</p> <p style="text-align: center;">Es por lo que el motivo no debe acogerse.</p>
<p>STS: 685/2010 RC:558/2010 Fecha: 07/07/2010 Ponente: Manuel Marchena Gómez</p> <p>PRUEBA DE ADN: régimen jurídico de la recogida de restos y vestigios.</p> <p>Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006. Incidencia de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN</p>	<p>2.1.- En relación con el acusado Gorka Betolaza - condenado por los hechos descritos en el juicio histórico, referidos a la quema de un cajero automático del BBVA en la calle Reyes de Navarra núm. 33, de la ciudad de Vitoria-, sostiene la defensa que su condena se basa con carácter exclusivo en una prueba de ADN. Sin embargo, esta prueba, por su propia naturaleza, no puede ser considerada como suficiente para la condena de una persona como autora de un delito. Se trata de un indicio que ha de ser completado con el conjunto de circunstancias concurrentes y sólo tras un juicio lógico inductivo sólidamente construido –razona la defensa- podrá estimarse desvirtuada la presunción de inocencia. De ahí que cuando la prueba de ADN sea la única existente y sea factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo deberá decantarse por la una solución absolutoria.</p> <p>A juicio de la defensa –que reconoce la existencia del acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el 31 de enero de 2006, relativo a la toma de muestras para la práctica de pruebas de ADN-, el hecho de que se halle pendiente una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la misma materia y que esté en juego el derecho fundamental a la intimidad, obligaría a exigir una autorización judicial para la obtención de esas muestras. Además,</p>

	<p>en el presente caso, no se habría respetado la cadena de custodia, existiendo datos que respaldarían la versión del recurrente, pues no se ha podido excluir que "...casualmente o premeditadamente, le robaran la mochila con ropa sudada suya y del Sr. Martínez del Campo en un bar de ambiente abertzale tras jugar un partido de pala" (sic), lo que plantea "...la posibilidad de que los autores de dicho robo y los autores de los hechos que nos ocupan sean los mismos, o por lo menos puedan tener relación entre sí, lo que descarta la participación en los hechos de mi representado".</p> <p style="text-align: center;">No tiene razón el recurrente.</p> <p>Ni la prueba de ADN fue practicada de forma irregular, ni ha sido ésta la única evidencia sobre la que la Audiencia Nacional ha construido el juicio de autoría.</p> <p>En efecto, el FJ 4º de la sentencia cuestionada razona que la participación del recurrente "...viene acreditada no sólo por el hecho de haber sido perfectamente identificado en cuanto a su persona y su actividad en el testimonio del coacusado Mikel Ruiz Balsategui que manifiesta cómo participa en estos hechos, de cómo le recoge en unión de Oier siguiendo el encargo recibido de Iñigo, de cómo se dirigen a una gasolinera en el Puente de Trianas, compran cinco litros de gasolina preparan los cócteles molotov y los tiran, sino también por la circunstancia de haberse encontrado su ADN en la manga de camiseta usada como capucha de color gris que había abandonado en las proximidades de la citada sucursal" (sic).</p> <p>Las declaraciones de Mikel Ruiz ante los agentes de policía (folio 212), ante el Juzgado Central de instrucción núm. 6 (folio 2178) y en el Juzgado Central de instrucción núm. 3 (folio 2558), fueron luego ratificadas en el acto del juicio oral, habiendo sido valoradas por el órgano decisorio, con arreglo a los principios de publicidad e intermediación. La sentencia recurrida pone el acento en la imputación que allí se realiza, refiriéndose inicialmente a "Gorkilla" y aclarando después el propio Mikel Ruiz que el tan "Gorkilla" no es otro que Gorka Betolaza, el ahora recurrente.</p> <p>El Tribunal a quo no se limita a un análisis ponderado de los elementos de cargo, sino que entra a analizar la versión de descargo ofrecida por el acusado. Éste alegó en el juicio oral –y reitera ahora en el presente motivo- que la mochila que apareció en el lugar de los hechos y de cuyo interior se obtuvieron las muestras para el contraste de ADN, pudo haber sido sustraída en el Bar 7, lugar al que habían acudido después de haber jugado un partido de pala. Sin embargo, la Sala de instancia califica esta versión como poco creíble, destacando la ausencia de cualquier elemento –ya sean las palas, el calzado deportivo o la camiseta correspondiente- que permitan afirmar la verosimilitud de esa versión alternativa.</p>
--	---

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, 949/20064 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

	<p>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”.</p> <p>Este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN. De acuerdo con su contenido, resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	--

En el caso que está siendo objeto de enjuiciamiento, las muestras de ADN fueron obtenidas por los agentes de la Policía Autónoma Vasca, a partir de los objetos abandonados por los imputados, operación para la que contaron con la debida autorización judicial, en virtud de auto fechado el día 10 de julio de 2002. El policía núm. 63768 ratificó en el plenario el acta de inspección ocular, indicando que, además de la mochila, aparecieron cuatro guantes de látex, dos capuchas y un chubasquero, objetos que fueron remitidos a las dependencias de policía científica y que la obtención de las trazas de ADN correspondientes al recurrente.

La Audiencia Nacional también ha dado respuesta motivada a la queja referida a una posible ruptura de la cadena de custodia, razonando que las pruebas periciales fueron practicadas por los laboratorios de la Policía Autónoma, con el respaldo del banco de datos genéticos derivados de ADN, custodiado con arreglo a los protocolos inicialmente aprobados por la Orden 2 de septiembre de 2003 (BOPV núm. 2003170, de la misma fecha). Quedó acreditado –argumenta la Audiencia Nacional en el FJ 2- por las declaraciones testificales y por el informe pericial que la toma de muestras que permitió la obtención de la huella genética no implicó desviación alguna en la cadena de custodia, evitándose en todo caso la contaminación, así como asegurando la relación entre el sospechoso y la evidencia, con entrega al superior jerárquico que a su vez remitió las muestras a los laboratorios de genética forense.

Descartada, pues, la irregularidad de la prueba de ADN, esta Sala ha podido constatar que el material probatorio sobre el que se ha construido el juicio de autoría es bastante, de signo netamente incriminador y ha sido apreciado con arreglo a las pautas impuestas por un sistema racional de valoración probatoria. El control casacional del respeto al derecho a la presunción de inocencia –decíamos en nuestra STS 209/2008, 28 de abril- autoriza a esta Sala a valorar, de una parte, la existencia de prueba de cargo adecuada, de otra, su suficiencia. Pues bien, la prueba es adecuada cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales. Y la prueba es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio. Además, la Sala de instancia ha de construir el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Está también fuera de dudas –y así lo recuerda la STS 1199/2006, 11 de diciembre-, que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal a quo sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las

	<p>máximas de la experiencia.</p> <p>Por cuanto antecede, el motivo referido a la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de Gorka Betolaza, ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 LECrim).</p>
<p>STS: 680/2011 RC:11074/2010 P Fecha: 22/06/2011 Ponente: Francisco Monterde Ferrer</p> <p>Infracción de derecho constitucional a la intimidad. Obtención de muestras de ADN.</p>	<p>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 .</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>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. 2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.”</p> <p>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</p>

	<p>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”.</p> <p>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”.</p> <p>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 , 949/20064 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas.</p> <p>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</p>
--	---

	<p>Guardia Civil de Navarra, conforme a las Diligencias Policiales 411/06 y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Estella/Lizarra.</p> <p>Igualmente, que en el Departamento se recibieron, como evidencias, dos hisopos impregnados con saliva indubitada de Ahmed Hachchach (X-5678825-X), y que mediante recortes del algodón de cada una de las torundas se obtienen las muestras 07/0410/001/BI/1 y 07/0410/001/BI/2.</p> <p>Y que, el informe concluye que: Se ha obtenido el perfil genético de AHMED HACHCHACH. 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.</p> <p>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.</p> <p>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”.</p> <p>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.</p> <p>Ha de ponerse de manifiesto lo inadecuado de tal pretensión. No se indica razón alguna que arroje ni tan siquiera</p>
--	--

	<p>una sombra de duda sobre la pureza de la obtención de las muestras.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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”.</p> <p>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.</p> <p>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....”.</p> <p style="text-align: center;">Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.</p>
STS: 880/2011 RC:202/2011 Fecha: 26/07/2011 Ponente: Julián Sánchez Melgar	1. Con respecto a la primera cuestión, las irregularidades que denuncia el recurrente no son tales, sino que se corresponden con lo acontecido en estos autos, toda vez que en la fecha de los hechos –6 de octubre de 2007–, y por medio de una llamada de un vecino, interviene la policía local, y más tarde la policía foral de Navarra, la que deriva la investigación a la Jefatura Superior de

<p>Prueba de ADN: características</p>	<p>Policía de Navarra (CPN), quien analiza las huellas de ADN de los guantes de látex hallados debajo de un automóvil, junto a los explosivos (a tal efecto, véase el informe pericial que figura a los autos a los folios 220 y siguientes, con los correspondientes resultados y estudios practicados), e introduce tales conclusiones derivadas de su análisis en la base de datos que comparte con la Guardia Civil, resultando entonces anónimas tales huellas genéticas, toda vez que, con la comparación pertinente, no se encuentra ninguna coincidencia entre las existentes en tal base de datos. Estas diligencias se instruyen por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Pero ocurre, sin embargo, que posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción número 3 en el curso de las D.P. 230/08, en averiguación de otros delitos, completamente diferentes a los seguidos en esta causa, obtiene de forma indubitada el perfil genético del Mikel Jiménez Martín, y lo incorpora la Guardia Civil a tal base, saltando entonces –y solo entonces– la coincidencia, de manera que las huellas que resultaron en un principio anónimas, aparecen como correspondientes al ahora recurrente, lo que da lugar a la información al Grupo de la Jefatura Superior de Navarra (CPN) que investigó el hallazgo de los artefactos en Navarra, objeto de estos autos, y en suma, se llega al informe que lleva fecha de 7 de noviembre de 2008, que –como expusieron los funcionarios de la Guardia Civil, adscritos al laboratorio del Departamento de Biología-Criminología, que ratificaron y se sometieron a las preguntas de las partes en el juicio oral–, consistió en la elaboración de un informe simplificado, lo que fue puesto en conocimiento del Juzgado instructor en fecha 23 de marzo de 2009, conforme es de ver al folio 226, al que se le comunica tal coincidencia “con el perfil genético de Miguel Jiménez Martín”. Del propio modo, consta la identificación por ADN al folio 225, por medio de escrito suscrito por el facultativo nº 194, que actúa como perito del laboratorio correspondiente a la Brigada Provincial de Policía Científica de la Jefatura Superior de Navarra.</p> <p>Como conclusión a lo que exponemos, se encuentra en la causa el informe 08/15896/BI-01, de 7 de noviembre de 2008 (folios 18 y 19), en donde se concluye que “el perfil genético de Miguel JIMÉNEZ MARTÍN, es coincidente con el perfil obtenido a partir de un par de guantes de látex (muestra de Referencia TE-07-6577-02-NA), procedentes de la Brigada Provincial de Policía Científica de la Jefatura Superior de Policía de Navarra, en relación con las Diligencias Policiales número A6930/07, instruidas por la Policía Foral de Navarra sobre varios artefactos explosivos-incendarios recogidos en el polígono industrial de Landazábal de la localidad de Villava (Navarra), ampliadas por la Diligencia número 19.345/07 de la Brigada Provincial de Información de la Jefatura Superior de Navarra, por el que se realizó el Informe Pericial 07-6577-02”. Igualmente en tal informe se ponen de manifiesto las probabilidades de coincidencia con el indubitado, que son</p>
---	--

	<p>alrededor de $1,61 \times 10^{18}$ (con exponencial 18), lo que supone un margen de error infinitesimal. En efecto, los valores se miden en triones, y para que se repita el perfil se necesitaría una población de 1,6 billones de personas, lo que es prácticamente imposible.</p> <p>Lo sustancial, con todo, es el dictamen que consta en el aludido peritaje, tal y como se expone por los funcionarios de la Guardia Civil adscritos al Laboratorio ante los jueces «a quibus» en el acto del plenario, lo que se lee en el acta correspondiente del juicio oral, a los folios 129 y 130, extensamente reseñado en tal documento judicial. En dicho acto solemne, y con plenas garantías de contradicción, los agentes con carnet H-11707-V y 22422-W, relatan la forma de la obtención del perfil indubitado de Mikel Jiménez Martín (informe de 7-11-2008), y la inclusión en la base de datos que comparten con el CNP. Al saltar la coincidencia, “solicitan información a la Policía sobre la causa”, aclarándose la cuestión del hallazgo de los explosivos en Villava (Navarra), y dictándose los correspondiente informes, que igualmente son ratificados. Sobre la manera de tomar la huella, explican que se hizo de forma voluntaria por el aludido acusado.</p> <p>Las dos “evidencias” enviadas para su estudio son los guantes de látex que ya hemos señalado con anterioridad, y que se describe el lugar de su hallazgo: “Diligencias Policiales número A6930/07, instruidas por la Policía Foral de Navarra sobre varios artefactos explosivos-incendiarios recogidos en el polígono industrial de Landazábal de la localidad de Villava (Navarra)”.</p> <p>La diligencia de obtención de muestras fue descrita por los funcionarios que acudieron al juicio oral, pero al tratarse de una causa diferente –en donde se obtuvieron las muestras indubitadas– del actual proceso, en éste consta únicamente la obtención de las dubitadas y su cotejo con las indubitadas de la base de datos, no habiéndose planteado durante la instrucción sumarial la cuestión que ahora se suscita en relación con la falta de voluntariedad o el modo en cómo llegó a la base de datos las referidas muestras indubitadas, encontrándonos, pues, fuera del momento procesalmente hábil para suscitar tal cuestión que, por otro lado, fue debidamente aclarada por los funcionarios que acudieron al juicio oral, los cuales relataron la voluntariedad en la toma de muestras. Por ello, debemos salir al paso de la alegación del recurrente acerca de que “no existe en todo el procedimiento ninguna diligencia documentada que avale la veracidad de esas manifestaciones”, pues existe en el acto del juicio oral, mediante la declaración de los funcionarios que obtuvieron las muestras, y no se ha suscitado cuestión alguna en la instrucción sobre la exactitud del registro público (aquí, la base de datos), que ha de tomarse con presunción de veracidad, como todos los registros. Tampoco se ha puesto en duda por parte de la defensa, como se afirma en el escrito de formalización del recurso: “la toma de muestras</p>
--	---

	<p>dubitadas del par de guantes de látex hallados junto a los artefactos explosivo-incendiarios de Villava (Navarra)”, y las diferencias que advierte el recurrente entre el informe de referencia TE-07-6577-02-NA, y el informe de la Guardia Civil 08/15896-01/BI, de 7 de noviembre de 2008, enviado con fecha 26 de noviembre de 2008, no son tales, pues el primero se corresponde con el año 2007, año en que se toman las muestras dubitadas y fecha de ocurrencia de los hechos, y el 2008, fecha del informe de la Guardia Civil en donde salta la coincidencia.</p> <p>Como hemos declarado en STS 827/2011, de 14 de julio, 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.</p> <p>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.</p> <p>Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio en un caso idéntico a éste.</p>
--	--

	<p>En suma, el acceso a la base no fue cuestionado en momento procesal hábil, la huella fue obtenida con todas las garantías, en tanto se prestó voluntariamente a tal análisis el procesado, sin que, en consecuencia, fueren necesarias las prevenciones del art. 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la base o registro ha de considerarse con presunción de exactitud “iuris tantum” en cuanto a los datos que se incorporen a la misma, en tanto no se combatan en el momento procesal hábil para su contraste, y en el caso enjuiciado, la toma de muestras y obtención y suministro de datos a la base se había realizado en procedimiento diferente a aquel en donde surtían sus efectos, apareciendo la huella como indubitada. A tal efecto, nuestro Acuerdo Plenario de fecha 31 de enero de 2006 permite a la policía judicial la recogida de restos genéticos o muestras abandonadas por el sospechoso, sin necesidad de autorización judicial, que una vez analizadas se han de considerar como indubitadas. La presencia de los peritos en el juicio oral ha sido destacada por la STS 740/2010, de 6 de julio. La colaboración voluntaria del imputado en la toma de muestras de saliva por parte de la policía, ha sido igualmente validada por la STS 634/2010, de 28 de junio, aunque lo preferible fuese la decisión judicial.</p> <p>Esta Sala Casacional ya tiene un cuerpo de doctrina sobre este tipo de pruebas (perfil genético a través del ADN), que, por solamente citar las más recientes, podemos señalar la 5/2011, de 25 de enero, 1027/2010, de 25 de noviembre, 891/2010, de 15 de octubre, 685/2010, de 7 de julio, 740/2010, de 6 de julio, 710/2010, de 15 de junio, 287/2010, de 26 de marzo, 251/2010, de 17 de marzo, 634/2010, de 28 de junio, 123/2010, de 18 de febrero, 398/2010, de 19 de abril, 240/2010, de 24 de marzo, 229/2010, de 15 de marzo, 1190/2009, de 3 de diciembre, 151/2010, de 22 de febrero, y en el ámbito del recurso de revisión, la STS 792/2009, de 16 de julio.</p> <p>En consecuencia, esta primera parte del motivo se ha de desestimar.</p>
<p>STS: 827/2011 RC:10759/2011 P Fecha: 25/10/2011 Ponente: Manuel Marchena Gómez</p> <p>PRUEBA DE ADN: la obtención de muestras biológicas de ADN para la determinación del perfil genético del imputado detenido, requiere asistencia letrada.</p>	<p>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.</p> <p>El argumento de la defensa no puede ser compartido por esta Sala.</p>

Los archivos que integran la base de datos policial sobre identificadores genéticos, creada por la LO 10/2007, 8 de octubre, gozan de una presunción iuris tantum. La conclusión pericial sobre la identidad genética del imputado, obtenida mediante el contraste de las muestras dubitadas halladas en el lugar del hecho y los ficheros obrantes en la base de datos custodiada por el Ministerio del Interior, es plenamente aceptable como presupuesto para la valoración judicial.

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 /001/BI/2, /001BI/5 y /001/BI/9, 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

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	---

	<p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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”.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	--

	<p>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.</p>
<p>STS: 1367/2011 RC:11088/2011 P Fecha: 20/12/2011 Ponente: Francisco Monterde Ferrer</p> <p>Proceso con todas las garantías. Aportación de vestigios con ADN.</p>	<p>1. El recurrente sostiene que el pronunciamiento condenatorio de la sala se basa en gran medida en una prueba de análisis de ADN realizada sobre muestras biológicas incorporadas a la causa vulnerando derechos fundamentales, resultando absolutamente ilícita y presentando irregularidades de carácter insubsanable. Así mantiene que si la denuncia fue presentada por los padres de la menor en 30-5-05, insólitamente, diez días después, el 8 de junio se presentó escrito al que se acompañaba un sobre cerrado conteniendo “braguitas de la menor” y en el que se indicaba que “las mismas pudieran no haber sido lavadas todavía”, aseverándose que tales braguitas las llevaba puestas la menor “uno de los días que presuntamente abusó de ellas Francisco Naranjo Rubio”.</p> <p>Y se alega también que, contrariando el art 326.3º LECr, se careció absolutamente de tal preciso control judicial y de cualquier garantía de la debida conservación de la cadena de custodia en relación con la prenda. Existieron riesgos evidentes de que la pieza de convicción hubiere podido ser objeto de alteraciones, pues tal como el acusado alegó desde un principio el mismo mantuvo relaciones sexuales en el domicilio de autos con la madre de la menor y con su propia pareja, con lo que ello implica de presencia y eventual disponibilidad de material genético y seminal de aquél en dicho domicilio.</p> <p>2. El derecho a un proceso con todas las garantías no constitucionaliza todas las reglas de legalidad ordinaria sobre el proceso. Este derecho fundamental se refiere básicamente a las garantías de inmediación, contradicción y publicidad. La recogida de restos o pruebas del delito podrá hacerse por quien resulte más oportuno para conservarlas y que puedan tener efecto en el juicio.</p> <p>Dentro del Libro II dedicado “al Sumario”, dedica la LECr el Título V. a “ la comprobación del delito y averiguación del delincuente”; y en él, su capítulo I a “ la inspección ocular”, comprendiendo los arts 326 a 333, de los cuales el art. 326 dispone que :</p> <p>“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces los recogerá y conservará para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.</p>

	<p>Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.</p> <p>A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.</p> <p>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” (Dada nueva redacción por art.2.36 de Ley 13/2009 de 3 noviembre 2009 el 4/5/2010).</p> <p>Siendo así, no es el Juez el único que puede recoger pruebas o vestigios materiales del delito. Ordenara hacerlo si está efectuando una inspección ocular (supuesto del artículo 326 LECrim), pero puede hacerlo la policía por su propia autoridad (artículo 770.3ª LECrim), o quien las tenga a su alcance para ponerlas a disposición de la autoridad, aunque en este caso puede ser necesaria su declaración testifical para explicar las circunstancias de la recogida y custodia.</p> <p>En este caso no ha existido diligencia sumarial de inspección ocular, por lo que el alegado artículo 326 párrafo 3º LECrim no tiene aplicación, ya que presupone que el Juez está presente en el lugar del crimen haciendo esta diligencia. El proceso penal busca la verdad material, y en los casos de ropa no abandonada en la escena del crimen con restos biológicos, lo normal es que esté en el domicilio de quien la llevaba puesta; y en los delitos contra la libertad sexual en poder de la víctima, que es quien la entrega a la policía o a la autoridad judicial, que es lo que ha sucedido en este caso, en el que es D.ª Sara Fuentes Gracia la que entrega la prenda a su abogado, quien la presenta en el Juzgado.</p> <p>En el sumario consta que la víctima entregó las bragas que llevaba a su abogado, quien las entregó en el Juzgado que instruyó la denuncia. Se conoce quien tuvo en su poder la prenda desde el primer momento: primero la víctima, luego su abogado, a continuación el Juzgado, hasta llegar al laboratorio donde se</p>
--	--

	<p>efectuó la pericia. No consta momento en que no se sepa quién tiene la prenda.</p> <p>El recurrente dice que puede ser una prueba prefabricada y que la víctima y su madre han mentido y la madre la ha preparado, pero no hay trazas de ello pues no está acreditada la alegada relación sexual del acusado con la madre de la víctima de donde afirma que procede el semen del acusado. La autenticidad de la prueba viene acreditada por la testifical de la víctima; y por que en el resultado del análisis hay restos biológicos del acusado y de la víctima, pero no de su madre. La explicación que intenta dar el acusado es irrazonable, y no hay otra distinta de la versión de la víctima que pueda explicar el resultado de la pericia, como se pone de relieve en la sentencia.</p> <p>La sala de instancia argumenta para rechazar la cuestión que, como preliminar, en sus conclusiones provisionales, había suscitado la defensa del acusado, que “no existe la menor razón para hablar de nulidad de la prueba, ni de nulidad de los análisis de laboratorio efectuados sobre la prenda, y cuyos resultados han sido traídos al proceso como informes del Instituto Nacional de Toxicología (folios 558 y siguientes del sumario), y han sido objeto de prueba pericial.”</p> <p>Y añade el tribunal a quo que: “no se sugiere qué otro modo pudo emplearse para recoger , con más garantías, las bragas que Sara encontró en el canasto de la ropa sucia el día en que va a poner la lavadora para hacer la colada. Según explica la joven, un día determinado, después del 17 de mayo, cuando desocupa el cesto o canasto de la ropa sucia, encuentra las bragas que llevaba puestas el 17 de mayo, cuando tuvo relaciones sexuales con el procesado. No especifica qué día fue exactamente, pero ante el hallazgo, pensó que podía tener interés de cara a la investigación, y entregó la prenda a su madre, y esta a su abogado. Se nos dice que ha transcurrido mucho tiempo para que las pruebas de laboratorio que puedan hacerse sean fiables. Se nos dice que durante ese tiempo, la prenda en cuestión no ha estado bajo la cadena de custodia, cadena que se ha roto.</p> <p>Ninguna razón tiene la defensa. Las cosas son mucho más sencillas, mucho más comprensibles, y esto lo explica muy bien el Sr. Letrado de la acusación particular en su informe: tan pronto como tiene conocimiento de la existencia de esta prenda íntima, porque se lo explica la madre, cuando el procesado ha sido detenido, y pasa a disposición del Juzgado de Guardia de Sevilla, el día 1 de junio, comparece a efectos de intervenir en la declaración del detenido, y presenta a la Juez el sobre en el que está la prenda de Sara.</p> <p>La Juez de Guardia, titular del Juzgado de Instrucción</p>
--	--

	<p>número 12 de Sevilla, rehúsa hacerse cargo de esta prenda, con el argumento de que ella no es competente para conocer de la instrucción, por lo que ha de mandar a reparto las actuaciones, como efectivamente hace, sin cuidarse de comprobar que el asunto no corresponde, como competentes por razón del territorio, a los Juzgados de Sevilla.</p> <p>Se puede comprobar que el Juzgado número 15, el 2 de junio dicta auto por el que se inhibe a favor del Decano de los de Dos Hermanas (véase folio 47).</p> <p>El asunto es repartido entre los de este Partido Judicial, y corresponde al Juzgado número 3, que el 7 de junio ordena la incoación de las diligencias previas (folio 55). Y como ya hemos dicho, al día siguiente, el Sr. Letrado comparece y entrega el sobre con las bragas.</p> <p>Conforme a esta cronología, no cabe calificar sino de diligente y acertada la actuación del Abogado. Que en su mismo informe, no obstante, admite que quizás debió entregar la prenda en cuestión a la policía científica tan pronto como le fue facilitada.</p> <p>Pero suponiendo que hubiera procedido así. Suponiendo que no hubiera peregrinado por oficinas judiciales con un sobre en cuyo interior había unas bragas, la hubiera entregado a la policía científica, ¿qué hubiera cambiado desde el punto de vista de la protesta de nulidad de la defensa?. Absolutamente nada hubiera cambiado."</p> <p>Y aún se plantea la sala de instancia: "qué pudo hacerse diferente a lo que se hizo". Contestándose que "absolutamente nada. Las objeciones que se hacen a la retirada particular de la prenda, pueden hacerse, mutáti mutandi, a la retirada oficial por parte de la policía. Y es de notar otra vez el acierto del Sr. Letrado que lleva la acusación particular cuando en este punto pone de manifiesto que a raíz de la denuncia, la policía no se personó en la vivienda donde se cometen los hechos posiblemente delictivos, en busca de huellas, vestigios, pruebas, indicios."</p> <p>Y asimismo concluye que: "sobre todo y, por encima de todo el informe pericial de la defensa, a propósito de esta cuestión, nada demuestra.</p> <p>Los dos peritos traídos al proceso, en su informe, lo que ponen de manifiesto es lo que debe hacerse a la hora de recoger muestras de interés a efectos de la instrucción sumarial.</p> <p>Es decir, explican una serie de consideraciones generales que sin el menor género de dudas podemos encontrar en cualquier manual de policía científica o de criminología, acerca del modo y</p>
--	--

	<p>manera de recoger los vestigios materiales del delito.</p> <p style="text-align: center;">Pero sin ninguna referencia al caso concreto, pues es evidente que desconocen las circunstancias del caso concreto."</p> <p style="text-align: center;">Por todo ello, habiéndose de compartir el razonamiento de los jueces a quibus, el motivo ha de ser desestimado.</p>
<p>Sentencia Nº: 607/2012 Nº:10127/2012 P Fecha Sentencia: 09/07/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar</p> <p>Caracteres Prueba ADN Cadena de Custodia</p>	<p>SEGUNDO.- El primer motivo de su recurso, formalizado como todos los que ha planteado este recurrente, por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la violación de un proceso con todas las garantías, que se proclama en el art. 24.2 de la Constitución española.</p> <p>En este reproche casacional trata de combatir la legalidad probatoria de la prueba genética de comparación de perfiles, denominada prueba de ADN, bajo la perspectiva de la rotura de la cadena de custodia de las huellas dubitadas, que fueron obtenidas de una taza de café (evidencia 1.2), que se incautó policialmente en el lugar del crimen, el bar sito en Andoain, lugar en que se acabó con la vida del Sargento de la Policía Municipal, Joseba Pagazaurtundua Ruiz, en torno a las diez de la mañana del sábado día 8 de febrero de 2003, hecho éste reivindicado un mes y pico más tarde, concretamente el día 19 de marzo de 2003, a través de un comunicado de la banda terrorista ETA, que recogieron los periódicos de tal fecha.</p> <p>Hemos dicho que es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de lo que se ha denominado «la mismidad de la prueba» (STS 1190/2009, de 3 diciembre). A tal respecto, se ha dicho también por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realidad a la que se tiñe de valor jurídico, con el fin de identificar plenamente el objeto intervenido, pues al tener que pasar por distintos lugares para que se verifiquen los correspondientes exámenes, es necesario tener la seguridad de que lo que se traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde que se recoge en el lugar del delito hasta el momento final en que se estudia, y en su caso, se destruye.</p> <p>La cuestión que ahora plantea el recurrente, fue resuelta acertadamente por la Sala sentenciadora de instancia, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, ya que, una vez que se atendió a la víctima por los servicios sanitarios, se estableció el oportuno control de seguridad policial, cerrando la escena del crimen a extraños, y fueron los funcionarios encargados de practicar la inspección ocular (policías 50656 y 50657), quienes advirtieron la presencia de tal evidencia, que fue custodiada por el 64699, llevándola aquéllos hasta dependencias policiales, hasta que el lunes –el atentado, como hemos dicho, había sido perpetrado el</p>

	<p>sábado-, se entregó en la Sección de Genética del Departamento Policial de la Policía Autónoma Vasca –Ertzaintza-, a efectos de verificar las pertinentes operaciones y dictámenes periciales al efecto. Que la taza fue utilizada por el autor de los disparos, ha dado cumplida respuesta la testifical del testigo protegido 50648, y que la cadena de custodia no se rompió en ningún momento, fue un hecho asegurado por todos los policías que intervinieron en el plenario. Con respecto a los perfiles indubitados del procesado, aparte de que no se han cuestionado en el recurso, se obtuvieron de dos botellas de agua, una de ellas la dejó abandonada en la barra del bar Iñaki, en la localidad de Irán, cuya legalidad de la ocupación es expresivo nuestro Acuerdo Plenario de 31 de enero de 2006, y la otra botella de agua se obtuvo en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional. Ésta última fue preservada igualmente como fuente de prueba, conforme a las explicaciones ofrecidas por los agentes policiales 53324, 53419 y 65187. Todos los precintos se encontraban cerrados, y se guardó en una dependencia por el funcionario 53418, lo que fue averado también por el 53419. En este sentido, la STS 685/2010, de 7 julio, considera acreditada la falta de ruptura de tal cadena por las declaraciones testificales y por el informe pericial de la toma de muestras que permitió la obtención de la huella genética, lo que no implicó desviación alguna en la cadena de custodia, evitándose en todo caso la contaminación, así como asegurando la relación entre el sospechoso y la evidencia, con entrega al superior jerárquico que a su vez remitió las muestras a los laboratorios de genética forense.</p> <p>En dicho Acuerdo de esta Sala Casacional, se autorizaba a que "la Policía Judicial pued[a] recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial". Esta idea ha sido 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, resultan solamente algunas muestras significativas; tesis que es 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".</p> <p>En consecuencia, no existe ningún elemento probatorio para dudar de la corrección de la cadena de custodia, en tanto que todos los funcionarios policiales aseveraron que se preservaron todas las</p>
--	--

	condiciones para garantizar la identidad de la prueba (“mismidad”, en palabras de esta Sala Casacional).
<p>Sentencia Nº: 742/2012 Nº:12011/2011 P Fecha: 03/10/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro</p> <p>Prueba: alegacion falta de consentimiento obtención muestra</p>	<p>PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, con profusa cita de preceptos de la Constitución se queja el recurrente de que la prueba que ha servido de fundamento a la condena por uno de los delitos de agresión sexual, debe considerarse una prueba ilícita.</p> <p>Hace referencia a la pericial que identificó el ADN sobre una muestra obtenida del recurrente y que permitió considerar que restos biológicos hallados en la prenda de la víctima de la agresión sexual le eran atribuibles.</p> <p>La razón de la ilicitud no sería otra, en el poco explícito discurso del motivo, que la falta de su consentimiento para la obtención de la muestra auténtica con la que habría de compararse la hallada en la prenda de la víctima.</p> <p>2.- En la medida que la justificación del motivo parte de tan concreto dato, sin necesidad de excursos excesivos sobre la doctrina constitucional al respecto, basta atender a si dicho presupuesto de la tacha de ilicitud consta o no acreditado.</p> <p>Al respecto ni siquiera es necesario acudir a problema de distribución de la carga de la prueba de tal presupuesto.</p> <p>En efecto basta releer el motivo para constatar que el recurrente ni siquiera afirma que la obtención de la muestra auténtica fuera lograda, no ya por violencia, sino ni tan siquiera por engaño. Y desde luego no cabe analizar la carga de la prueba de algo que ni siquiera se describe como alegado.</p> <p>La sentencia recurrida es nítida: la defensa, en el trámite de calificación conocía que la acusación había propuesto la prueba pericial de identificación de ADN que había sido aportada en la instrucción. Esa defensa no solamente no impugnó tal medio de prueba, sino que lo hizo expresamente suyo. Ese aquietamiento excluyó del debate toda cuestión sobre si la obtención de la muestra auténtica fue o no consentida por el imputado.</p> <p>No solamente por la deslealtad que implica traer a este recurso esa cuestión, sino porque de tal manera se causa indefensión a las acusaciones, la alegación era inadmisibile, primero y es desestimable ahora.</p> <p>El motivo alude a que aludió a esa cuestión en trámite de "informe". Es decir cuando las partes acusadoras ya no podían alegar y, menos aún, probar la inexistencia de cualquier oposición a la obtención de muestra por el imputado.</p> <p>El motivo se rechaza.</p>
Sentencia Nº: 1005/2012	3. El motivo no puede prosperar, puesto que el recurrente

<p>Nº:10877/2012 Fecha: 18/12/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer</p> <p>Obtencion vestigios Cadena de Custodia</p>	<p>invoca actuaciones procesales que carecen de la condición de “documento” a los efectos casacionales, según los parámetros jurisprudenciales de referencia. Son citadas actuaciones policiales, junto con pruebas personales, como son los testimonios, sujetos a la libre valoración del tribunal, conforme al art 741 LECr, en virtud de la inmediación irrepitable, de que gozó cuando aquéllas tuvieron lugar en el juicio oral.</p> <p>El recurrente pone su énfasis en que el escenario de los hechos no fue custodiado entre la inspección y la recogida de vestigios.</p> <p>Se basa en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que cita subrayando expresamente que exige que hubiera peligro de desaparición, que no existió.</p> <p>Tal falta de custodia no es más que el argumento para sustentar, como se hizo en la instancia, que alguien, con aviesa intención, pudo colocar los elementos que se recogen y que, tras el correspondiente análisis, acreditan su participación en los hechos.</p> <p>La sala de instancia salió al paso de las pretensiones de la defensa del acusado, en la misma línea mantenida ahora en el recurso, diciendo que: “La inspección técnica de la casa (folios 81 a 83) ratificada en la vista por los agentes 75135, 60347 y 82206, se efectuó en dos fases: la primera comenzó a las 16:30 horas del día de los hechos, comprobando que la puerta no estaba forzada - por lo que el acceso a su interior del agresor debió producirse porque en un descuido la perjudicada dejara la puerta abierta o confiadamente se la abriera- y tratar de tomar huellas dactilares, con resultado negativo; y la segunda a 10:30 horas del día siguiente para las muestras biológicas, recogiendo una braga, una faja, una toalla y tres torundas de manchas del edredón de la cama de la Sra. Martín.</p> <p>La defensa adujo la nulidad en la obtención de dichas muestras por falta de custodia policial del piso hasta su recogida.</p> <p>El agente 93678 indicó que cuando llegó el Sr. Chaveinte se marcharon, no constando que se quedase ningún policía custodiándola, lo cual constituye una incorrecta actuación policial, pero sin que implique que por ello esta Sala tenga duda alguna sobre que la toalla -donde se encontró esperma- hubiera sido llevada al piso o manchada de semen después de los hechos, que es lo que garantizaría la vigilancia policial, porque la vivienda quedó bajo el cuidado de los hijos de la Sra. Martín, que eran los que tenían duplicados de las llaves, según manifestó don Ángel Chaveinte Martín, siendo éste quien atendió a los policías en la primera inspección, y su hermano don Francisco en la segunda, careciendo de la menor lógica suponer que cualquiera de ellos</p>
---	--

	<p>llevasen las acciones antes descritas para tratar de achacar los hechos a una persona desconocida completamente."</p> <p>Así, la sentencia deja claro (Fundamento Jurídico 1º, apartado b) que la recogida de las prendas y de su muestra de ADN no se cuestionan, y señala que, aunque pudiera ser una irregularidad que no se precintara el domicilio entre una y otra diligencia, no hay dato alguno que permita sustentar tal hipótesis, que ahora se reitera, tachándola de rocambolesca. Explica suficientemente el distinto objeto de la inspección ocular y la recogida de muestras biológicas, a cargo de diferentes funcionarios de policía. Se podría añadir que de las testificales se deduce que al menos uno de los hijos de la víctima no abandonó la vivienda y en consecuencia habría que ampliar la hipótesis, para incluirle concertado con esos traficantes de droga autores de la colocación subrepticia de tales prendas incriminatorias.</p> <p>Como indica el Ministerio Fiscal, una cosa es exigir un precinto como diligencia imprescindible, otra que se haya vulnerado la cadena de custodia y otra diferente que unos terceros, con la connivencia de los hijos de la víctima, le hayan colocado a la Policía, después de la inspección ocular inicial, unas prendas con su ADN. Con razón la Sala la tilda de rocambolesca.</p> <p>Además hay otro detalle que no se puede pasar por alto, en orden a desechar cualquier vestigio de connivencia de los hijos de la víctima en la presunta conspiración contra el acusado, según su versión, constatando en cambio la regularidad de la cadena de custodia de los vestigios biológicos hallados, y es que aquella desde sus primeras manifestaciones (pº 21) hizo referencia a la toalla en cuestión.</p> <p>Consecuentemente, dado que no se evidencia error alguno padecido por el Tribunal, y que, en definitiva, tan solo se percibe, con pretensiones de que se modifique correlativamente el relato fáctico de la sentencia de instancia, una discusión sobre la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia, lo que resulta extravagante al motivo invocado, el mismo ha de ser desestimado.</p> <p>Habiéndose de llegar a la misma conclusión, respecto de la invocación del principio pro reo cuya cita ha de considerarse igualmente inapropiada, ya que tiene sentado esta Sala (Cfr.STS de 03-10-2001, de 27-02-2004, o de 20-12-2004, nº 1543/2004), que, en la casación, solo cabe examinar la aplicación del principio in dubio pro reo, cuando dentro de la sentencia impugnada se refleje alguna duda sobre la existencia de los hechos constitutivos de la infracción que se sanciona.Y es claro que el tribunal de instancia en ningún momento manifestó tener dudas sobre la participación en los hechos del hoy recurrente.</p>
--	--

<p>Sentencia Nº: 991/2012 Nº:128/2012 Fecha: 27/11/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro</p> <p>Valor indiciario Agresion sexual falta consentimiento</p>	<p>5.- En consecuencia podemos ya entrar a examinar la cuestión de la suficiencia de la justificación de la conclusión de esa opción, y ello desde la perspectiva del contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia antes expuesta.</p> <p>Como adelantábamos, la sentencia de instancia es encomiablemente exhaustiva; pero además convincente por la solidez y consistencia de sus argumentos, que hacemos nuestros.</p> <p>Predican, en efecto, la falta de consentimiento para una relación sexual solamente obtenida por la violencia ejercida por el acusado sobre la testigo víctima: a) la experiencia de retractaciones de las víctimas de violencia de género por causas ajenas al deseo de ser veraces al tiempo de retractarse; b) el informe de la denominada Unidad Forense de Valoración Integral, tan elogiado por la previsión de la existencia logística de tal Unidad, como por la seria fundamentación del mismo, y que detalla el perfil sociocultural de la víctima, que da cuenta de su vulnerabilidad, y la hegemonía de su deseo de reanudar la convivencia como explicación de su rectificación; c) las pruebas periféricas pero de indudable alcance corroborador. Como el informe médico de asistencia de urgencia a la víctima y el de la médico forense de guardia al tiempo de la agresión, ratificado en el juicio oral, explicando el origen de las lesiones que la víctima presentaba en las ocasiones en que fue examinada. Y como la determinante fuerza indiciaria de la observación de restos biológicos del acusado en las uñas de la víctima –de autenticidad ratificada por el examen del ADN–, que predicen la existencia de actuaciones defensivas solamente requeridas por quien se ve agredido.</p> <p>Es decir que la afirmación de que la relación sexual fue obtenida mediante violencia se muestra como correcta objetivamente, prescindiendo de subjetivas convicciones, en cuanto acorde al canon de la garantía constitucional que hemos dejado expuesto.</p>
<p>Sentencia Nº: 3/2013 RECURSO CASACION (P) Nº:10851/2012 P Fecha: 15/01/2013</p> <p>Valor como indicio</p>	<p>2. En el caso, el Tribunal de instancia se ha basado especialmente en el resultado de la prueba de ADN, que en sí misma no es cuestionada en el motivo, en el que solo se pone en duda que como único indicio pueda justificar una sentencia condenatoria.</p> <p>En primer lugar, el estado de la ciencia permite reconocer un gran efecto probatorio a las pruebas de ADN, en cuanto conducen a la identificación de la persona que dejó los restos que se analizan con un irrelevante margen de error. Una vez identificada la persona, la cuestión es establecer si ello permite considerar probada su participación en el hecho.</p> <p>A estos efectos, deben ser valorados, tal como se hace en la sentencia impugnada, aspectos circunstanciales que acompañan al hecho central, consistente en este caso en la aparición de los restos orgánicos del recurrente en una especie de capucha utilizada por uno de los autores. No se discute la relación</p>

	<p>entre la capucha y los hechos, pues existe un testigo que vio a los autores arrojar algo tras la tapia del colegio donde luego fue recogido por la policía. Por otro lado, el propio recurrente reconoció poseer una camiseta de las mismas características.</p> <p>Los restos de ADN fueron buscados, intencionadamente, y encontrados en el lugar que coincidiría con la boca del usuario de la capucha confeccionada con el trozo de manga de la camiseta. Y en ese lugar, solamente aparecieron restos de ADN del recurrente. Es decir, en el caso, no solo se afirma que en la capucha, en el lugar que correspondería a la boca del usuario, aparecieron restos de ADN del recurrente, sino que además se afirma que no aparecieron los de ninguna otra persona, identificada o no. Dato que autoriza a excluir, de forma muy cercana a la certeza absoluta, el uso de la capucha por otros, dadas las escasísimas posibilidades de que no hubieran quedado restos orgánicos, si alguien la hubiera utilizado para cometer el hecho y huir a la carrera como hicieron los autores, según resulta de la sentencia.</p> <p>Por otra parte, según se recoge en la sentencia, el recurrente es una persona vinculada al entorno terrorista, tal como se desprende de los objetos encontrados en la entrada y registro efectuado en su domicilio y que aparecen relacionados en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada. Es claro que este dato, por sí solo, nada demuestra en cuanto a su participación en los hechos, pero no permite considerar al recurrente como una persona completamente ajena a comportamientos y actitudes de esta clase, lo cual, de producirse, habría podido debilitar el poder demostrativo del indicio.</p> <p>En consecuencia, puede afirmarse que, en el caso, el indicio consistente en la aparición de restos de ADN del acusado, y solo del acusado, en la zona correspondiente a la boca de la capucha utilizada por uno de los autores para ocultar su identidad al cometer el hecho, tiene un significativo y especial poder de acreditación, por lo que el Tribunal de instancia entendió correctamente que la prueba disponible permitía considerar enervada la presunción de inocencia.</p> <p style="text-align: center;">Por todo ello, el motivo se desestima.</p>
<p>Sentencia Nº: 62/2013 Nº:10145/2012 P Fecha: 29/01/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz</p> <p>Insuficiencia del indicio</p> <p>Caso Marta del Castillo</p>	<p>Tras estudiar las pruebas relacionadas con esta procesada (FF.JJ. 20 y 21), acepta la Audiencia su presencia en el lugar de los hechos a la hora en la que Miguel regresa con la silla de ruedas. Descarta, por el contrario, que pueda llegarse a la conclusión de que participó en los hechos. El único vestigio objetivo que pudiera incriminarla se corresponde con algunos restos de su ADN localizados en una alargadera y en un esparadrapo. Pero la frecuencia con la que la acusada visitaba el domicilio de su novio, pernoctando incluso en el mismo la noche de autos, junto con lo tardío de la obtención de estas muestras y las aceptables explicaciones ofrecidas por María hacen que el Tribunal se decante fundadamente por su exculpación.</p>

	<p>Hemos de recordar, una vez más, que no está autorizada esta Sala de Casación para suplir las reflexiones probatorias del órgano «a quo», sino únicamente para comprobar si la inferencia alcanzada se ajusta a las pruebas practicadas y aparece dotada de una motivación bastante o si, por el contrario, deviene insuficiente o se aparta ostensiblemente de las reglas de la lógica, incurriendo así en arbitrariedad. En el ámbito penal, una respuesta razonada es aquella que no sólo resuelve motivadamente -de forma positiva o negativa- la incardinación de los hechos en la norma cuya aplicación se postula, sino la que previamente explica, al menos en sus líneas esenciales, el camino lógico seguido por el tribunal, a partir de la actividad probatoria celebrada en el juicio, hasta llegar a la convicción que refleja la declaración de hechos probados. El deber de motivar se extiende tanto a la prueba de cargo presentada por la acusación como a la de descargo ofrecida por la defensa: de no hacerse así, no se daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, sin que ello implique, como señala el Tribunal Constitucional, que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STS núm. 1016/2011, de 30 de septiembre, siguiendo a la STC núm. 187/2006, de 19 de junio). Ahora bien, este último aspecto del razonamiento tiene una importancia mayor cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela judicial efectiva se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia, de suerte que la afirmación de que el tribunal no considera probada la realización del hecho objeto de acusación o la participación en el mismo del acusado, o la de que no ha superado la duda sobre tales extremos, en que metódicamente hubo de situarse antes del enjuiciamiento - afirmaciones que son lógico presupuesto de una sentencia absolutoria-, no estarían necesitadas en principio de una motivación que no fuese la mera explicación de la ausencia de prueba o la permanencia de la duda, como venimos diciendo insistentemente desde nuestras SSTS núm. 186/1998 y 1045/1998, seguidas por otras muchas posteriores.</p> <p>Entre las más recientes, niega la STS núm. 126/2012, de 28 de febrero, que asista a las acusaciones un derecho a una valoración de las pruebas que conduzca a una condena a modo de presunción de inocencia invertida. Es verdad que no es esto lo que interesan tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular en nuestro caso, sino la anulación de la sentencia y la repetición del juicio, si bien las observaciones probatorias de instancia que afectan a esta acusada no adolecen de un defecto ostensible de motivación, como tampoco de una ausencia de racionalidad tan patente que autoricen el grave efecto solicitado. Más aún cuando, excluida fundadamente la</p>
--	--

	<p>unidireccionalidad del indicio que pudieran representar los restos de ADN de María hallados en dos objetos ocupados en la vivienda, ninguna otra prueba permite atribuir a esta acusada una posición activa o colaboradora en la eliminación de vestigios, como tampoco del propio cuerpo de la víctima. Su posición, a lo sumo, habría de resultar pasiva, y tal conducta difícilmente encuadra en la modalidad de encubrimiento de la que se la acusa, consistente en ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo o los efectos y/o instrumentos empleados en el delito.</p> <p>Similares consideraciones merecen los demás ilícitos de los que vino acusada inicialmente (integridad moral y profanación de cadáveres) por la razón ya aducida más arriba.</p> <p>Se desestima, pues, el motivo.</p>
<p>Sentencia Nº: 256/2013 Nº:1287/2012 Fecha: 06/03/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz</p> <p>Insuficiencia indiciaria</p>	<p>Sin embargo, través de esta única evidencia genética no puede extraerse la conclusión querida por el Fiscal, cual es que esa muestra de ADN de Asier viene a refrendar la versión que sostuvo el aquí enjuiciado Aitor Cotano en sede policial, en el sentido de que ambos, Asier y Aitor, junto con una tercera persona, formaban parte del comando del que a su vez era responsable Arkaitz Goicoetxea, y que fue este último quien les proporcionó los dos artefactos explosivos. Y ello porque, según recalca la sentencia recurrida, Aitor se desdijo de sus iniciales manifestaciones en sede policial en todas sus declaraciones posteriores, particularmente en las prestadas en instrucción y en la vista oral, es decir, en presencia judicial. De conformidad con el art. 297 LECrim, esas manifestaciones policiales de Aitor sólo pueden ser tenidas por material incorporado al atestado para encauzar la investigación policial, careciendo por ello de eficacia probatoria por sí mismas.</p> <p>...</p> <p>En nuestro caso, reconoce el Fiscal -y de ello da también cuenta la sentencia recurrida- que Aitor no mantuvo su versión policial en ninguna de sus declaraciones posteriores. De ello se sigue que lo manifestado primeramente, si bien pudo servir para abrir una línea de investigación, no por ello adquirió valor como prueba. Ni siquiera pueden jugar respecto de aquella declaración las prevenciones de las declaraciones incriminatorias entre coimputados, pues en ningún momento sostuvo ante el Juez, ni en fase instructora ni en la de enjuiciamiento, lo dicho entonces. Por la misma razón, tampoco le son aplicables las reglas apuntadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre incorporación al proceso de declaraciones que hayan tenido lugar en fase de instrucción, actuación que entonces no lesiona los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH cuando existe una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos y garantías procesales, pues tampoco era el caso.</p> <p>...</p>

	<p style="text-align: center;">4. Como refleja la Audiencia Nacional en el FJ. 1º de su sentencia, tanto en el caso de Aitor como en el de Arkaitz, sus manifestaciones autoinculporatorias en sede policial quedaron circunscritas a reconocer, ambos, ser miembros del mismo comando o «talde», así como su participación en ciertas acciones delictivas. En ningún momento ha admitido Arkaitz su participación en los hechos objeto de la presente causa, y sólo en sede policial apuntó Aitor, alias «Rumano», que participó en el atentado de los Juzgados de Getxo en compañía de Asier. Incide el Tribunal en varias ocasiones a lo largo de la fundamentación de la sentencia en los déficits de los que, pese a la importancia de estos extremos, adolecen los posteriores interrogatorios a los que fueron sometidos los procesados en sus diferentes declaraciones sumariales.</p> <p style="text-align: center;">Incide, igualmente, en que esa aislada manifestación de Aitor es todo lo que hay. El dato genético que, como elemento objetivo externo, interesa el Fiscal para completar el acervo probatorio no desvirtuaría las conclusiones absolutorias del Tribunal de instancia, en la medida en que dicho ADN en ningún modo sitúa a ninguno de los aquí procesados en la escena de los hechos, como tampoco en sus preliminares. Es decir, en ningún modo la evidencia genética aducida vendría a demostrar la efectiva participación de Aitor o de Arkaitz en la colocación del artefacto explosivo, como tampoco en su previa preparación. Por ello mismo, la sola manifestación policial del primero, de la que se desdijo firmemente con posterioridad alegando que había estado sometido a presión policial, no puede entenderse corroborada por la presencia de material genético de un tercero no enjuiciado en alguno de los restos de los artefactos explosivos obtenidos en la inspección ocular, pues ello supondría valorar una declaración policial autoinculporatoria no valorable, de forma que en todo caso la prueba de cargo debería sustentarse con independencia de dicha autoinculporación, y lo que pretende el Ministerio Fiscal es tener en cuenta ésta como dato indiciario relevante junto con el resultado de la prueba genética, lo que no es posible. Es más, un estudio del contenido del recurso, que examina las manifestaciones de Aitor y los resultados de la pericia, únicamente permite concluir la supuesta conexión entre Aitor y Asier como supuestos miembros de un comando terrorista. Pero recordemos que no es esto lo que constituyó el objeto del proceso penal que aquí se ventila, sino la concreta participación de Aitor en la génesis del atentado con explosivos en las inmediaciones de los Juzgados de Getxo, y es evidente que nada de ello se desprende de dichos elementos de convicción. La conclusión, con o sin la prueba denegada, no puede ser otra que la que efectivamente obtuvo la Sala de instancia, cual es que no hay elementos bastantes de los que deducir tal participación directa, por lo que su decisión final no pudo ser otra que la que ya obtuvo, esto es, un pronunciamiento absolutorio.</p>
Sentencia Nº: 491/2013	Y, en este caso, nos encontramos con una argumentación,

<p>Nº:11091/2012 P Fecha: 31/05/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Maza Martín</p> <p>Prueba valida y suficiente. Evolucion tecnica Contraposicion de informes</p>	<p>contenida esencialmente en el apartado B) del Fundamento Jurídico Primero de la Resolución de instancia, en el que se enuncian y analizan una serie de pruebas tanto directas como indirectas, todas ellas válidas en su producción, razonablemente valoradas y plenamente capaces para sustentar el Fallo condenatorio, en lo que a la identificación de Asier como autor de los hechos enjuiciados se refiere.</p> <p>De hecho, la estructura argumental de la Audiencia se establece a partir de un resultado del análisis de ADN de las huellas biológicas halladas en una prenda utilizada para ocultar su rostro por uno de los autores de los hechos enjuiciados, puestas en contraste con el perfil del acusado y que arrojó un resultado positivo, si bien con las limitaciones que la propia recurrida relata.</p> <p>Para, a continuación, hacer referencia a una serie de datos, indirectos o indiciarios, que lo que hacen no es sino reforzar, de forma razonable, la certeza de la identificación obtenida con la prueba de ADN.</p> <p>En efecto, como ya se ha visto en el Fundamento Jurídico precedente, la conclusión analítica alcanzada respecto del análisis de las muestras, indubitada y dubitada, ha de reputarse válida, tanto desde el punto de vista de la corrección jurídica, constitucional y procesal, como del necesario rigor científico.</p> <p>Además resulta también plenamente razonable la convicción expresada por la Sentencia recurrida acerca de la utilización de la prenda en la que se encontraron los restos biológicos por uno de los autores de los hechos objeto de enjuiciamiento, a partir de las manifestaciones testificales correspondientes y el lugar y la forma en la que posteriormente fue ocupada por la Policía.</p> <p>Otra cosa es que el grado de certeza, expresado en porcentaje de posible coincidencia o error, no sea en esta ocasión tan elevadísimo como en otros supuestos de análisis de ADN, cuando se refieren incluso a miles de millones de posibilidades de acierto. Y ello debido tanto al estado concreto de la muestra dubitada disponible en esta ocasión, su escasez y deterioro, como al propio estado de la ciencia en el momento de realizarse dicha prueba, hace ya más de diez años.</p> <p>No obstante lo cual ello no impide que, como en el propio Recurso se llega a reconocer, estemos hablando de que la posibilidad de coincidencia de los resultados obtenidos con otra persona distinta del recurrente sería, dentro de la población española, de una entre 4.290.000. Lo que vendría a equivaler a que prácticamente, con los datos del perfil genético que pudieron ser identificados, en todo nuestro país sólo encontraríamos a diez personas.</p>
---	--

	<p>Por lo que, los restantes datos que la Resolución de instancia trae a colación para afirmar su certeza respecto de la participación de Asier en los delitos enjuiciados, resultan plenamente pertinentes y válidos, puesto que se refieren todos ellos, testimonios y documentos, a la vinculación del recurrente con hechos y ambientes relacionados con la actividad terrorista, o de violencia callejera vinculada al terrorismo, en la que precisamente se inscriben los hechos que se juzgan.</p> <p>De modo que ha de afirmarse la razonabilidad del juicio elaborado por la Sala de instancia, con apoyo en la prueba disponible, al considerar que, de la interrelación entre el resultado del análisis bioquímico y la evidencia de la vinculación del acusado con actividades semejantes a las enjuiciadas, el grado de certeza acerca de su participación en estos delitos alcanza un nivel sobradamente suficiente para servir de base a un pronunciamiento condenatorio por completo razonable que, por consiguiente, no es susceptible de corrección en esta sede casacional.</p> <p>...</p> <p>SEGUNDO.- Por su parte, el motivo Primero del Recurso, versa, con cita del artículo 849.2° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre un error de hecho en el que habrían incurrido los Jueces “a quibus” a la hora de valorar la prueba documental obrante en las actuaciones, a la vista del contenido del informe pericial sobre ADN elaborado por el perito propuesto por la Defensa e, incluso, de acuerdo con el propio reconocimiento de los peritos de la Policía, al admitir que la prueba de identificación biológica sobre la que se apoya la condena de Asier, no cumple, al presente momento, los requerimientos científicamente exigibles para la fiabilidad y solvencia de esta clase de análisis.</p> <p>Es cierto que el apartado 2° del artículo 849 de la Ley de ritos penal califica como infracción de Ley, susceptible de abrir la vía casacional, a aquel supuesto en el que el Juzgador incurra en un evidente error de hecho, al no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados por documentos obrantes en las actuaciones y no contradichos por otros medios de prueba, lo que revelaría, sin lugar a dudas, la equivocación del Tribunal en la confección de esa narración.</p> <p>Tal infracción, en ese caso, sin duda sería grave y evidente. Y, por ello, se contempla en la Ley, a pesar de constituir una verdadera excepción en un régimen, como el de la Casación, en el que se parte de que, en principio, todo lo relativo a la concreta función de valorar el diferente peso acreditativo del material probatorio disponible corresponde, en exclusiva, al Juzgador de instancia.</p> <p>Pero precisamente por esa excepcionalidad del motivo, la doctrina jurisprudencial es significadamente exigente con el necesario cumplimiento de los requisitos que pueden conferirle</p>
--	---

	<p>prosperabilidad (SsTS de 23 de Junio y 3 de Octubre de 1997, por citar sólo dos).</p> <p>Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser “literosuficiente”, es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior (1 y 18 de Julio de 1997, por ejemplo).</p> <p>Igualmente, en este sentido, la prueba personal obrante en los Autos, declaración de acusados y testigos e incluso los informes periciales en la mayor parte de los casos, por muy “documentada” que se encuentre en ellos, no alcanza el valor de verdadero “documento” a estos efectos casacionales (SsTS de 23 de Diciembre de 1992 y 24 de Enero de 1997, entre muchas otras).</p> <p>Por otra parte, la contradicción ha de referirse a un extremo esencial, de verdadera trascendencia en el enjuiciamiento, de forma que, sustituido el contenido de la narración por el del documento o completada aquella con éste, el pronunciamiento alcanzado, total o parcialmente quede carente de sustento fáctico. Y además no ha de venir, a su vez, enfrentada al resultando de otros medios de prueba también disponibles por el Juzgador, que justificarían la decisión de éste, en el ejercicio de la tarea valorativa que le es propia, de atribuir, sin equivocación al menos evidente, mayor crédito a aquella prueba que al contenido del documento (SsTS de 12 de Junio y 24 de Septiembre de 2001).</p> <p>En definitiva, no se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pié, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquellos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la Sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.</p> <p>A partir de estas premisas, el motivo mencionado, en el presente supuesto, claramente aparece como infundado, ya que, no sólo es altamente discutible el carácter de literosuficiencia de un informe pericial emitido en el sentido de formular una opinión subjetiva del informante sobre la fiabilidad de un determinado análisis bioquímico, sino que dicho carácter abocado a una certidumbre incuestionable se ve puesto en cuestión cuando se comprueba que otros peritos, en este mismo procedimiento, sostienen la validez del informe por ellos suscrito.</p> <p>Pues el dato de que el análisis realizado, en concreto la calidad de la muestra dubitada empleada en este caso, no cumpliera los</p>
--	--

	<p>requerimientos que hoy se exigen, de acuerdo con el actual estado de la ciencia y para alcanzar un grado de certidumbre casi plena, no significa, obviamente, que el resultado que se obtuvo en aquella ocasión, cumpliendo con las exigencias entonces vigentes, carezca de cualquier valor identificativo.</p> <p>Éste será menor que el que podría obtenerse en otras circunstancias, pero en cualquier caso otorga un grado de fiabilidad bastante elevado, de modo que no puede calificarse como insostenible o radicalmente equivocado el criterio de la Audiencia al basar su convicción en esa fuente.</p> <p>De hecho, el propio perito de la Defensa, aunque reduzca en gran medida el porcentaje de certeza que los peritos policiales atribuyen al resultado analítico por ellos alcanzado, sigue moviéndose en unos límites de muchos miles de supuestos necesarios para que pueda aceptarse una coincidencia. Máxime si tenemos en cuenta que no nos hallamos ante una búsqueda generalizada y azarosa sino frente a la identificación de una persona en la que ya concurren otra serie de elementos, circunstancias y vinculaciones que harían aún mucho más remota esa posibilidad de error por indebida y desgraciada coincidencia.</p> <p>En realidad estamos ante un porcentaje de certidumbre enormemente superior del que en tantas ocasiones, por desgracia, han de valerse los Tribunales de Justicia penales para basar sus conclusiones probatorias, en orden a la identificación del autor del hecho delictivo.</p> <p>Por lo que hemos de insistir, dentro de la naturaleza y ámbito de esta vía casacional del “error facti”, en la falta de fundamento de las alegaciones del recurrente, ya que, como ya se dijera en la STS de 24 de Febrero de 2005, primera en la que se abordó la cuestión del valor probatorio del análisis del ADN, con un grado de certeza de tan sólo un 0.0005%, “...la teoría y la práctica reconocen valor tanto a las pruebas determinantes, es decir a las que excluyen toda duda posible, como a las de probabilidad...”</p> <p>Y más aún si la Sala juzgadora disponía de otros medios probatorios, aunque de carácter indirecto, para confirmar su convicción acerca de la autoría de los hechos por parte del recurrente, como expone en el apartado B) del Fundamento Jurídico Primero de su Resolución.</p> <p>En definitiva, en modo alguno, puede pues afirmarse la existencia de un error evidente, obvio e indudable en el criterio seguido por el órgano de instancia que, mereciendo aquí su corrección, pudiera modificar la conclusión condenatoria, máxime cuando se comprueba que tampoco es cierto que exista una equivocación en cuanto al manejo de la muestra de ADN indubitada pues, aunque</p>
--	--

	<p>exista un informe que se refiere a los rastros biológicas hallados en una copa de cristal (f. 4315), el que realmente se atribuye al recurrente es el que obra al folio 4864 de las actuaciones, en el que claramente se precisa que los rastros objeto de contraste fueron los obtenidos de un “vaso de papel”, siendo además éste el informe en el que se ratificaron los peritos oficiales en el acto del Juicio oral (vid. minuto 33’33, del apartado 4, de la grabación de la sesión del Juicio oral) sin que en ese momento se plantease por la Defensa cuestión alguna sobre este extremo.</p>
<p>Sentencia N°: 600/2013 N°:10079/2013 P Fecha: 10/07/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca</p> <p>Cadena Custodia Consentimiento Asistencia Letrada Falta de alegacion en tiempo</p>	<p>PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito de asesinato, un delito de agresión sexual y otro de robo con violencia e intimidación a las penas, respectivamente, de diecisiete años y seis meses de prisión, nueve años de prisión y cuatro años de prisión. Contra la sentencia interpone recurso de casación. En el primer motivo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en tanto que considera que la cadena de custodia de las muestras tomadas en la diligencia de autopsia no ha sido mantenida de forma correcta, como se reconoce en la propia sentencia.</p> <p style="text-align: center;">1. La cadena de custodia hace referencia a las vicisitudes ocurridas en las muestras tomadas durante la investigación de los hechos delictivos desde que son recogidas hasta que se aportan las conclusiones de los análisis o pruebas periciales realizadas sobre las mismas. La finalidad de asegurar la corrección de tal custodia se encuentra en la obtención de la garantía de que lo analizado obteniendo resultados relevantes para la causa es lo mismo que fue recogido como muestra. Aunque la pretensión deba ser alcanzar siempre procedimientos de seguridad óptimos, lo relevante es que puedan excluirse dudas razonables sobre identidad e integridad de las muestras. La jurisprudencia ha admitido, STS 685/2010, entre otras, que las declaraciones testificales pueden ser hábiles para acreditar el mantenimiento de la cadena de custodia, excluyendo dudas razonables acerca de la identidad y coincidencia de las muestras recogidas y analizadas.</p> <p style="text-align: center;">2. En el caso, es cierto que en la sentencia impugnada se reconoce que “quizá no se reconstruyó en términos probatorios óptimos” la cadena de custodia, por la falta de parte de la documental, lo que entiende explicado al haber ocurrido los hechos en el año 1994, aunque, tal como se expone de forma detallada, de ello no se deduce la existencia de dudas razonables respecto de la identidad entre las muestras recogidas y las que fueron analizadas. Pues, además de que constan en las actuaciones los datos necesarios para mantener de forma razonable tal identidad, como se desprende de la completa exposición del Ministerio Fiscal en su informe a esta Sala, en el plenario, tal como expresamente se razona en la sentencia, prestaron declaración la médico forense que realizó la autopsia, recogió las muestras y las remitió al Instituto Nacional de Toxicología de</p>

	<p>Sevilla, donde fueron recepcionadas en forma según declararon, también en el plenario, los técnicos de dicho instituto. Manifestaciones que coinciden con algunos datos objetivos disponibles, como la coincidencia entre la referencia numérica correspondiente al informe del Instituto de Toxicología de 3 de marzo de 1994 y el emitido por el mismo Instituto el día 2 de marzo de 2010, sin que exista ningún dato que sugiera manipulación o extravío de las muestras recogidas en la diligencia de autopsia.</p> <p>Este Tribunal no aprecia que existan dudas razonables respecto de la integridad de las muestras o de la identidad entre las recogidas en la diligencia de autopsia y las analizadas con posterioridad, por lo que el motivo se desestima.</p> <p>SEGUNDO.- En el segundo motivo nuevamente denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, alegando que en la toma de muestras biológicas del recurrente mediante frotis bucal, no contó con asistencia letrada, ni consta su consentimiento, a pesar de estar detenido, lo que hace nula la prueba obtenida con posterioridad.</p> <p>1. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en alguna ocasión, como correctamente alega el recurrente, en la STS nº 685/2010, citada luego por la STS nº 827/2011, que “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”. Cuestión distinta es la forma en la que tal asistencia deba ser prestada, teniendo en cuenta si el detenido ha sido informado de sus derechos, entre ellos el de entrevistarse con su letrado, si ha designado o le ha sido designado letrado para su defensa, y el momento y circunstancias en las que ha sido requerido para la obtención de la muestra.</p> <p>De otro lado, en Pleno no jurisdiccional celebrado el 26 de mayo de 2009, acordó que "...en los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad", así como que "en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el</p>
--	--

	<p>interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".</p> <p>Criterio que ha sido seguido en la STS nº 777/2009, y en algunas sentencias posteriores, entre ellas la STS nº 1138/2010, STS de 24 de junio de 2010, STS de 31 de marzo de 2011, y STS nº 544/2011, entre otras.</p> <p>2. En el caso, no consta que el recurrente planteara la cuestión en la instancia en un momento en el que fuera posible el debate, lo que explica el silencio de la sentencia sobre el particular. Además, la muestra fue obtenida, en la forma que el recurrente considera irregular, no en la presente causa, sino en otras diligencias diferentes.</p> <p>Pues, efectivamente, las muestras dubitadas obtenidas en esta causa, en el año 1994, fueron identificadas como procedentes del recurrente después de que en el año 2009, en el curso de otras diligencias tramitadas en investigación de un robo violento, fueran obtenidas las indubitadas mediante la realización de un frotis bucal. La inexistencia de planteamiento temporáneamente apropiado ha impedido debatir adecuadamente en la presente causa si las condiciones en las que fue realizado el requerimiento y la subsiguiente obtención de tales muestras (las indubitadas, obtenidas en otra causa) permitían entender que el recurrente disponía de la asistencia letrada que considerara necesaria antes de prestar, o no, su consentimiento, de manera que quedara excluida toda posible situación coercitiva en la práctica de esa diligencia.</p> <p>Esa ausencia de cuestionamiento temporáneo de la regularidad de la obtención de las muestras indubitadas impide plantear la cuestión en casación.</p> <p>En consecuencia, el motivo se desestima.</p>
<p>Sentencia Nº: 709/2013 Nº:10203/2013 Fecha: 10/10/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre</p> <p>Vulneración derecho intimidad. Base de datos policial LO. 10/2007. Forma obtención muestra</p>	<p>PRIMERO: El primer motivo se formula al amparo del art. 5.4 LOPJ. en relación con el art. 852 LECrim, por vulneración del derecho fundamental del art. 24 CE, a un proceso con todas las garantías por vulneración del art. 18 d dicho Texto que ampara el derecho a la intimidad.</p> <p>El recurrente cuestiona la legalidad y validez de su identificación a través de la prueba de ADN, toda vez que la que obra al folio 427 se efectuó en otro procedimiento posterior seguido contra el mismo por diferente delito sin informarle debidamente de la finalidad y consecuencias del análisis que se llevara a cabo. Asimismo el consentimiento prestado por el acusado, obrante al folio 447, para se hiciera uso de ADN, previamente obtenido se hizo sin la presencia de interprete ni la intervención de letrado y</p>

<p>ADN.Consentimiento acusado. Asistencia letrada si está detenido.</p>	<p>no constando fuera debidamente informado.</p> <p>a) 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:</p> <p>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. 2. Igualmente, podrán inscribirse los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, cuando el afectado hubiera prestado expresamente su consentimiento.”</p> <p>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”.</p> <p>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 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”.</p> <p>Como nos recuerda la STS 7-7-2010, nº 685/2010, la controversia</p>
---	--

	<p>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, 949/2006 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas.</p> <p>Pues bien partiendo de esa base de datos genética creada al amparo de la LO. 10/2007 de 8.10, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN y custodiada por el Ministerio del Interior, es como en el caso presente se hizo el análisis de la muestra de saliva obtenida cuando se detuvo al acusado por un intento de robo acaecido el 16.4.2011, diligencias policiales 289050/11 que dieron lugar al PA. 201/2011 Juzgado de lo Penal 19 Barcelona y ejecutoria 3299/2011, en el que se tomaron las muestras biológicas que pasaron al archivo mencionado, y cuyo testimonio, a petición del Ministerio Fiscal obra unido a la causa (folios 411 a 436), por diligencia de constancia de fecha 10.4.2012 (folio 437).</p> <p>b) Asimismo 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.</p> <p>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:</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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”.</p> <p>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.</p> <p>c) Igualmente como hemos declarado en SSTs. 827/2011 de 14.7 y 880/2011 de 26.7 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.</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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 legrada o a falta de éste y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial.</p> <p>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 un presunción “iuris tantum”, de 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-.</p>
<p>Sentencia Nº: 777/2013 Nº:10448/2013 P Fecha: 07/10/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García</p> <p>ADN: recogida de vestigios abandonados por el sospechoso para obtener perfil de ADN meramente identificador. No es imprescindible autorización judicial.</p> <p>La obtención, mediante análisis de la muestra, del perfil genético del sospechoso para un cotejo de "uno contra uno" sin previa autorización judicial</p>	<p>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 sobreseída 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.</p> <p>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.</p>

<p>tampoco es por sí sola necesariamente determinante de ilicitud probatoria.</p> <p>Cadena de custodia: cuando consta la autenticidad de la muestra por otras fuentes es irrelevante cualquier eventual irregularidad en la cadena de custodia. Estamos ante un problema de fiabilidad y no de validez o licitud probatoria.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>La STS 685/2010 de 7 de julio que invoca el Fiscal resuelve claramente la cuestión en sentido negativo para la pretensión del recurrente:</p> <p>“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.</p> <p>En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "la Policía Judicial puede</p>
---	--

	<p>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.</p> <p>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".</p> <p>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.</p>
--	--

	<p>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:</p> <p>«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.»</p> <p>La Disposición Adicional 3ª de la Ley Orgánica 10/2007 confirma ese entendimiento.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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”.</p> <p>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”.</p> <p>Esta argumentación es clave en el asunto que ahora analizamos,</p>
--	---

	<p>como se verá.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	--

	<p>conducentes a hacer efectivas las garantías, obligaciones y derechos reconocidos en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre.</p> <p>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".</p> <p>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.</p> <p>La mera recogida por sí misma no roza ningún derecho fundamental.</p> <p>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.</p> <p>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 requería una intervención judicial convalidante (ex ante o al</p>
--	--

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>¿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</p>
--	--

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	--

	<p>conclusión de que en la Ley Orgánica 10/2007, de ocho de octubre es un "sobreentendido".</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <p>"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</p>
--	--

	<p>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".</p> <p>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:</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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 margen de la base de datos: solo cabrá su empleo en el cotejo de “uno contra</p>
--	--

	<p>uno” referido al caso específico en que han surgido las sospechas que justificaban la toma de la muestra.</p> <p>La Audiencia razona que la Ley sugiere una "predeterminación legal del análisis":</p> <p>" 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...</p> <p>...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).</p> <p>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</p>
--	--

	<p>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 innecesidad 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.</p> <p>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...</p> <p>... 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</p>
--	--

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

	<p>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).</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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).</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>... 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</p>
--	---

	<p>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 ...</p> <p>... 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).</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>El motivo ha de fenecer.</p> <p>SÉPTIMO.- También los motivos segundo y tercero han de ser desestimados.</p> <p>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.</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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.</p>
<p>Sentencia Nº: 948/2013 Nº:10342/2013 P Fecha: 10/12/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón</p> <p>Prueba de ADN.- Doctrina general. Normativa de aplicación. Base de datos policial. Garantías de la toma de muestras. Práctica de la prueba en el proceso penal.</p>	<p style="text-align: center;">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:</p> <p>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:</p> <p>“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</p>

	<p>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."</p> <p>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".</p> <p>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 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."</p> <p>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".</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none">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
--	---

	<p>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".</p> <p>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.</p> <p>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 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.</p> <p>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.</p> <p>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).</p> <p>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</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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 legrada o a falta de éste y previa información en todo caso de sus derechos, previa autorización judicial.</p> <p>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 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).</p> <p>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.</p> <p>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</p>
--	--

	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>...</p> <p>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 insuficiente, o suponga una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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,</p>
--	---

	<p>en el ámbito del proceso enjuiciado, sino que por el contrario lo solicita expresamente.</p> <p>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.</p> <p>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 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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	---

	<p>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.</p> <p>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.</p>
<p>Sentencia Nº: 974/2013 Nº:196/2013 Fecha: 12/12/2013 Ponente Excmo. Sr. D.: Perfecto Andrés Ibáñez</p> <p>No hay constancia en la causa de que la obtención de material biológico del recurrente que sirvió para la integración de su ADN en el banco de datos policial se hubiera producido con su conocimiento debidamente informado ni con asistencia de letrado, pero lo cierto es que existe prueba de cargo al margen de la de esa fuente, que justifica la condena.</p>	<p>Pues bien, planteada la cuestión en los precisos términos que resulta de lo expuesto, a la objeción del recurrente hay que decir que, en efecto, no consta que la asistencia letrada (seguramente limitada al momento de reducción a escrito de la declaración) se hubiera extendido al extremo de que se trata. Y, por eso, el argumento de la sala de instancia no es terminante; en especial cuando este tribunal —entre otras, en sentencias n.º 940/2007, de 7 de junio, 685/2010, de 7 de julio y 353/2011, de 9 de mayo— se ha pronunciado en el sentido de que, cuando el sospechoso o imputado estuviera detenido, el consentimiento para una diligencia de esa clase tendría que prestarse con esa asistencia. Siendo así, no cabe duda, el procedimiento de obtención de la muestra de ADN indubitada es ciertamente cuestionable.</p> <p>Ahora bien, la objeción es de vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y la conclusión de que esta se haya o no producido, dependerá de lo que resulte de la valoración de la totalidad de los elementos integrantes del cuadro probatorio. Pero, en todo caso, y en el extremo concreto a que se refiere, esto es, de la falta de acreditación de la regularidad de la toma de material biológico de Del Campo, el motivo tiene que estimarse.</p> <p>...</p> <p>El principio de presunción de inocencia da derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, que —salvo los casos excepcionales constitucionalmente admitidos— es la obtenida en el juicio, que haya sido racional y explícitamente valorada, de forma motivada, en la sentencia, y se refiera a los elementos nucleares del delito. Por otra parte, cuando se trata de la prueba habitualmente denotada como indiciara, para que una conclusión inculpativa con este fundamento resulte atendible, según jurisprudencia asimismo muy conocida, es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de</p>

	<p>imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.</p> <p>Hay que ver si el tratamiento del cuadro probatorio por la sala se ajusta o no a este canon.</p> <p>Desde esta perspectiva, lo cuestionado es la eficacia de la prueba del ADN, en vista de la objeción hecha a la misma ya en el primer motivo. Y también el valor atribuido a la testifical de cargo.</p> <p>Ya se ha anticipado que, en efecto, la toma de la muestra biológica indubitada del ahora recurrente se produjo de una forma que no puede decirse —pues no consta— que fuera regular, y en tal sentido, el resultado no debe valorarse.</p>
<p>Sentencia N°: 50/2014 N°:10632/2013 P Fecha: 27/01/2014 Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro</p> <p>Licitud de la pericia de ADN aunque no consta la autorización del acusado a que se le extrajera mediante un frotis bucal una muestra de saliva, debido a que la extracción que se le practicó en otra causa penal diferente. La defensa no cuestionó la pericia durante la fase de instrucción e incluso pidió que se contrastara su resultado con el ADN de un familiar, y fue después de abrirse el juicio oral cuando cuestionó la pericia que anteriormente había admitido como correcta para realizar la compulsa que solicitó.</p>	<p>PRIMERO. Razones de orden metodológico y sistemático en el ámbito procesal y también de claridad en la exposición nos llevan a reordenar los motivos del recurso a los efectos de su examen en esta instancia. De modo que se comenzará por los que atañen al apartado probatorio de la sentencia, para pasar a examinar después las cuestiones de derecho penal sustantivo que suscita la parte recurrente.</p> <p>Se inicia pues el examen del recurso por los motivos tercero y quinto, que se refieren a la nulidad de pericia de ADN por no constar en la causa que haya habido autorización del acusado para obtener las muestras de ADN con las que fue contrastado el vestigio biológico que fue hallado en el lugar de los hechos, extraído del semen del acusado que quedó en la mano de la víctima después de haber masturbado al agresor, semen que la denunciante impregnó a su vez en un cartón con el que se limpió las manos. El cartón fue recogido por la policía en el lugar de los hechos, a donde acudieron los agentes acompañados por la víctima, que les indicó el lugar exacto en que se hallaba el cartón.</p> <p>En el motivo tercero, articulado a través de la vía del art. 849.1° de la LECr., se denuncia la infracción de los arts. 363 de la LECr. y 3 y 6 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, además de la disposición adicional tercera de ese último texto legal.</p> <p>Para clarificar el origen de la pretensión de nulidad del recurrente es importante reseñar que el hecho enjuiciado fue perpetrado el 19 de enero de 2005, fecha a partir de la cual el Juzgado de Instrucción ya tenía en su poder el cartón con los restos de semen que fueron localizados en el lugar de los hechos por la policía con la ayuda de la víctima. Sin embargo, una vez remitidos los restos de semen al laboratorio policial de la Unidad Central de Análisis Científicos de la Dirección General de la Policía, no se pudo identificar a través de la correspondiente pericia al sujeto sospechoso a quien correspondía el ADN de la muestra, ya que las pruebas de contraste con la base de datos</p>

	<p>policial no arrojó resultado positivo alguno, al no constar el ADN de ningún sospechoso en el banco identificador que coincidiera con el de la muestra espermática del agresor (folios 25 y ss. de la causa).</p> <p>La prueba biológica de identificación solo arrojó resultado positivo a partir de que, en las diligencias previas que tramitaba otro Juzgado con motivo de la investigación de un robo con fuerza en las cosas perpetrado a mediados de septiembre de 2011, se detuvo al ahora acusado Salvador Antelo Barroso, remitiendo la Brigada Provincial de Policía Científica un oficio al Juzgado Decano de Málaga en el que se le daba cuenta de que el perfil genético del detenido por el robo coincidía con el que constaba en el semen obtenido en el lugar en que se practicó la agresión sexual que se investigaba en la presente causa (folios 29 a 31, y folios 145 y 146). En vista de lo cual, se reabrieron las diligencias previas 376/2005 del Juzgado de Instrucción nº 10 de Málaga, con el fin de dirigir el proceso contra Salvador Antelo, cuyo perfil genético coincidía con el del presunto autor de la agresión a María Sánchez Martín.</p> <p>Se reinició así la tramitación del proceso siete años después de que se cometieran los hechos, pues hasta febrero de 2012 la policía no pudo obtener el ADN de un sujeto que coincidiera con el del presunto autor de la agresión sexual.</p> <p>En el curso de la instrucción sumarial, el imputado negó la autoría de los hechos que se le imputaban, y ante la evidencia del resultado de la pericia de ADN, solicitó después de haber sido procesado que se ampliara el informe pericial, alegando para ello que tenía un sobrino cuyo nombre y primer apellido eran los mismos que los de él —se llama Salvador Antelo García—, por lo que cabía la posibilidad de un error en la práctica de la pericia genética, en vista de lo cual solicitaba que se computaran las muestras biológicas de ambos con la del semen obtenido en el lugar de los hechos.</p> <p>La Juez de Instrucción accedió a la petición de la parte y se practicó una pericia complementaria que fue remitida al Juzgado el 12 de diciembre de 2012, reiterando los peritos policiales el resultado de la primera pericia practicada, pues corroboraron que la muestra de esperma obtenida en el lugar de los hechos tenía el mismo perfil genético que la del acusado y no se correspondía con la del sobrino cuya compulsa había solicitado la defensa (folios 172 y 173 de la causa). Se constató pericialmente que ambos tienen perfiles genéticos diferentes y que el que ha dado positivo es el del acusado y no el de su sobrino. Además, se reafirmó el resultado con la huella dactilar que se obtuvo del acusado con motivo de su detención por el delito de robo y que acompañaba a la muestra biológica que se obtuvo en comisaría,</p>
--	--

	<p>huella dactilar que se corresponde con la del ahora recurrente.</p> <p>Una vez agotada la fase de instrucción y concluido el sumario, se remitió la causa a la Audiencia para proseguir la tramitación de la fase intermedia y del juicio oral, sin que la defensa hubiera cuestionado la legalidad ni la constitucionalidad de la pericia genética practicada. De modo que se declaró abierto el juicio oral sin que se interesara la práctica de nuevas diligencias de instrucción. Y al presentar el escrito de calificación de la defensa fue cuando se cuestionó la constitucionalidad de la pericia de ADN por no constar la autorización del acusado para que se le extrajera la muestra de saliva con la que se practicó la prueba y tampoco la presencia del letrado en esa diligencia, ya que ello tuvo lugar en las diligencias previas tramitadas por un delito de robo con fuerza en las cosas. Por lo cual, solicitó que se aportaran esas diligencias previas para verificar su contenido, lo que le fue denegado por el Tribunal sentenciador por auto de 5 de abril de 2013, remitiéndose al resultado de los análisis que obran en la causa.</p> <p>Ahora en el recurso de casación interesa la nulidad de la pericia de ADN por las razones ya esgrimidas de no constarle a la defensa la autorización del acusado para la extracción de la muestra biológica que sirvió para practicar la prueba, que consistió en “dos torundas con frotis bucal del detenido” (folio 145 de la causa). Y porque tampoco consta que estuviera delante el letrado que lo asistió cuando se practicaron las diligencias policiales.</p> <p>Frente al argumento impugnativo del recurrente debe replicarse que la defensa del acusado en ningún momento de la fase sumarial cuestionó la legalidad ordinaria ni constitucional de la obtención de la muestra biológica del acusado para practicar la pericia, muestra que consistió en un frotis de fluido bucal del acusado materializado mediante dos torundas. La defensa sí profundizó en la pericia en la fase de instrucción, dado que, tal como se anticipó, incluso solicitó la compulsa del perfil genético del acusado con el de su sobrino ante la posibilidad de que hubiera una confusión, complemento probatorio que fue debidamente practicado sin resultado favorable al recurrente. Pero no cuestionó en absoluto que no hubiera autorizado el frotis bucal mediante el que se obtuvo su resto de saliva en otro procedimiento diferente, alegación que solo hizo una vez abierto el juicio oral y cuando le correspondía calificar los hechos a su defensa.</p> <p>Pero, es más, la parte ratificó la validez de la obtención de la muestra salivar desde el momento en que consintió que se utilizara de nuevo para compulsar su ADN y el de su sobrino, compulsa que se practicó con la muestra obtenida en las diligencias por delito de robo. Por lo cual, se incurre en una llamativa contradicción cuando ahora, en un momento ya tardío y</p>
--	---

	<p>avanzado del proceso, cuestiona la validez de la obtención de una muestra que el propio acusado solicitó que se utilizara para complementar la pericia y contrastar su resultado con el perfil genético correspondiente a su familiar.</p> <p>Así las cosas, y no constando que concurriera infracción legal ni constitucional en la recogida de la muestra de saliva en otro procedimiento, procede desestimar el motivo tercero del recurso, y, como consecuencia de lo argumentado, también el motivo quinto.</p>
<p>Sentencia Nº: 1013/2012 REVISION Nº:20079/2012 Fecha: 12/12/2012 Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García</p> <p>Revisión. Supuesto art. 954.4. Prueba de ADN, que excluye la autoría del condenado.</p>	<p>Los hechos son nuevos conforme previene el citado artículo 954.4º y evidencian la inocencia del hoy recurrente, pues se trata de la llegada al órgano judicial que estaba conociendo de la causa, del informe pericial completo sobre comparación de ADN, que revela un dato que no se encontraba en el fax en que se adelantó el resultado, y es que las muestras de sangre remitidas presentaban el mismo perfil de varón. Éste dato llega por primera vez al proceso cuando estaba en fase de ejecución, y determina la inocencia del condenado pues la sangre de la que se tomaron la muestras solo podía proceder del ladrón que cometió el robo por el que se condenó a Ismael Moreno Troya, como se comprobó con una sumaria instrucción para excluir que pudiera proceder de otro varón distinto del autor del robo.</p> <p>Esta prueba acredita la inocencia de Ismael Moreno Troya del delito de robo con intimidación y uso de medio peligroso por él que ha sido condenado en la sentencia cuya revisión se pide.</p> <p>Consecuentemente nos encontramos ante hechos nuevos como son las pruebas del análisis del ADN realizadas sobre las dos muestras de sangre halladas obteniendo el mismo perfil genético de varón que permiten una mayor certeza individualizadora e identificadora que excluyen la participación de Moreno Troya y cuyo valor técnico y demostrativo es de tal contundencia que por sí solos evidencian con certeza su inocencia (ver sentencia de 16/7/2009 recurso de revisión 20410/08).</p>

SOBRE LA OBTENCION DE MUESTRAS DE ADN
REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES - SALA SEGUNDO DEL TRIBUNAL SUPREMO