

# AGRESIÓN SEXUAL. PRUEBA DE ADN

## (Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 22 de junio de 2011) <sup>1</sup>

**ÁNGEL MUÑOZ MARÍN**  
*Fiscal (Fiscalía General del Estado)*

### **Extracto:**

No existe la más mínima razón para pensar que la extracción de muestras salivares del acusado no hubiese sido expresamente autorizada por el mismo, o en otro caso decretada por el juez actuante. Pero es que, en definitiva, lo que se 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 1999, que por cierto establece un importante ámbito de protección en salvaguardia de la intimidad de las personas, salvo para la investigación del terrorismo y otros delitos graves. Es obvio que tal finalidad no puede servir de excusa para cualquier forma de proceder en la toma de datos e incorporación a los registros creados, pero no lo es menos que las posibles irregularidades cometidas deberían denunciarse en la forma y manera que allí se establece. 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 exigía especificar las concretas irregularidades.

**Palabras clave:** agresión sexual, prueba de ADN, derecho a la intimidad, eximente incompleta de alteración psíquica.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 131, diciembre 2011.

# SEXUAL AGGRESSION. DNA TEST

## (Commentary on the Tribunal Supremo of 22 June 2011) <sup>1</sup>

**ÁNGEL MUÑOZ MARÍN**  
*Fiscal (Fiscalía General del Estado)*

### **Abstract:**

**T**HE most minimal reason does not exist to think that the extraction of samples you will salivate of the defendant, they had not been expressly authorized by the same one, or in another case decreed by the Judge performer. But it is that, definitively, what it questions here is the normality of the samples that are in use in the Banks of Information that the Administration has created under the protection of the Law of December 13 of 1999, which certainly an important area of protection establishes in safeguard of the intimacy of the persons, except for the investigation of the terrorism and other serious crimes. It is obvious, that such a purpose cannot use as excuse for any way of proceeding in the capture of information and incorporation to the created records, though, the possible committed irregularities, they must be denounced in the form and way that there is established. Opposite to the argued for the defense, no unlawfulness we estimate in the diligence of capture of saliva of now accused by means of the use of a hyssop in order to realize the opportune check of DNA. We must reject the generic challenging of the formalities of test related by the defense in his writing of provisional conclusions produced in the opportune step, provided that the beginning of good procedural faith that has to govern any action of the parts was required to specify the concrete irregularities.

**Keywords:** sexual aggression, DNA test, law to the intimacy, exempting incomplete of psychic alteration.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 131, diciembre 2011.

La sentencia da respuesta a los dos motivos planteados por la parte recurrente. En primer lugar, y al amparo de lo establecido en los artículos 5.º 4 y 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), alega la infracción del derecho fundamental a la intimidad al entender que la identificación que del mismo se obtuvo a través de la prueba de ADN fue obtenida en otro procedimiento distinto, de forma ilegal e irregular. El segundo motivo, residenciado en sede del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), alega la inaplicación del artículo 21.1 del Código Penal en relación con el 20.1 y 3 del Código Penal, por entender que concurre en su representado la eximente incompleta de grave alteración psíquica.

En cuanto a la primera de las cuestiones planteadas, y siguiendo un orden sistemático, debemos partir del reproche que el Ministerio Fiscal realiza a la pretensión de la parte recurrente, esta 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», y todo ello con el añadido de tratarse de una «cuestión nueva» planteada en la instancia.

El Tribunal Supremo, y en relación con las denominadas cuestiones *ex novo* que se plantean directamente en la casación sin haberse suscitado previamente en la instancia mantiene una doctrina sólida en el sentido de que la casación debe constreñirse a resolver aquellas cuestiones que fueron planteadas previamente en la instancia y no aquellas que afloran directamente en la misma. En tal sentido es de reseñar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1997, que acordó que las vulneraciones de derechos fundamentales deberán alegarse con carácter previo ante el Tribunal de Instancia, como requisito previo para que luego puedan alegarse en casación ante el Tribunal Supremo, salvo, claro está, que la vulneración alegada se haya producido en la misma sentencia que se recurre.

La Sentencia del Tribunal Supremo 707/2002, de 26 de abril –citada a su vez por la STS 1190/2009, de 3 de diciembre– hace pivotar dicha doctrina sobre dos vectores, por un lado en los principios que rigen el proceso penal y, por otro, en la propia esencia del recurso de casación. En cuanto al primero de los vectores apuntados, señala el Tribunal Supremo que de admitirse la posibilidad de que en la casación puedan abordarse cuestiones planteadas *ex novo*, se estaría abriendo la posibilidad de resolver sobre cuestiones que no fueron debatidas en el plenario, y por ende sin que

fueran resueltas y razonadas en la sentencia. Ello supondría una vulneración del principio de contradicción. En cuanto al segundo de los vectores, esto es, la naturaleza del recurso de casación, al tratarse de un recurso devolutivo –debe ser resuelto por un órgano judicial superior y diferente del que dictó la primera sentencia–, por su propia naturaleza, tiene que centrarse en la resolución de posibles errores que se hayan cometido en la instancia, lo cual no ocurriría si se pudieran plantear *per saltum* alegaciones nuevas que no lo hayan sido previamente. De admitirse la posibilidad de resolver sobre estas cuestiones planteadas *ex novo*, el Tribunal Supremo estaría resolviendo por primera vez sobre las mismas, sin posibilidad de un posterior recurso.

Tan solo, como recuerda la citada sentencia, caben dos excepciones a la norma general: una, cuando se trata de la infracción de preceptos sustantivos cuya subsanación favorezca al reo y puedan ser apreciados en casación por concurrir los requisitos legales, y otra, cuando se trate de vulneraciones de preceptos constitucionales que puedan generar una material indefensión al que la alega.

Pasando a analizar cuál es la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo respecto a la toma de muestras de ADN hay que reseñar dos supuestos distintos sustentados en sendos preceptos legales:

1. *No es necesaria la intromisión en la esfera privada del sujeto*, no siendo por tanto necesaria la autorización del órgano judicial para la recogida de dichas muestras. Tal afirmación se sustenta en los siguientes preceptos:

- El artículo 126 de la Constitución que recoge que: «La Policía Judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca».
- El artículo 326.3 de la LECrim. dice: «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».
- El artículo 282 de la LECrim. atribuye a la Policía Judicial, entre otras, la obligación de recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.
- El artículo 770.3 de la LECrim. según el cual la Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias: «Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial».
- El artículo 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986, que atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la función de «investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos

a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes».

Por su parte, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006 afirma «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial».

2. *Es necesaria la intromisión en la esfera privada del sujeto* (las muestras se han de obtener del cuerpo del acusado). En tal caso es requisito indispensable la resolución judicial autorizante o, en su caso, el consentimiento del afectado. Tal afirmación se sustenta en los siguientes preceptos:

- El artículo 363.2 de la LECrim. señala: «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».
- La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre (reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN) recoge: «Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3.º, 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 LECrim.».

Ahondando un poco más en la problemática de la recogida de muestras biológicas por parte de la Policía Judicial, se ha suscitado si es necesaria la intervención del secretario judicial. La respuesta obviamente ha de ser negativa, ya que los preceptos reseñados anteriormente son indicadores suficientes de las facultades que la Policía Judicial tienen en orden a la recogida de todos aquellos vestigios que entienda necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la averiguación del delincuente. La intervención del secretario judicial solo tendría razón de ser en los casos de la denominada prueba preconstituida, en cuyo caso la presencia de aquel es necesaria para su validez. En los demás supuestos será necesaria la declaración, en el acto del juicio oral, de los miembros de la Policía Judicial que recogieron las muestras, a fin de cumplir con el principio de contradicción, principio que rige la práctica de la prueba en el proceso penal.

Volviendo al núcleo del recurso, esto es, la pretensión del recurrente de que se decrete la nulidad de la obtención de una prueba en un procedimiento distinto al enjuiciado, sobre la presunción de que la misma se realizó de forma ilegal, el Alto Tribunal zanja de plano tal alegación al afirmar que aquel que en un procedimiento alegue una irregularidad deberá probarla, circunstancia que no se produce. A mayor abundamiento, pivotando sobre el principio de la «buena fe procesal» que debe regir

la actuación de las partes –art. 11 LOPJ: «En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe»– entiende el Tribunal Supremo que la parte que alega las irregularidades debe especificar cuáles son, no bastando las impugnaciones efectuadas con carácter general. La doctrina que emana del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009, referido al secreto de las comunicaciones, es aplicable al caso que nos ocupa, al señalar 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. En tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba de 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, conociendo 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». Por tanto, si no se ha cuestionado durante la instrucción del procedimiento o durante la celebración del juicio oral la licitud y validez de dicho medio probatorio, en este caso la licitud de las tomas de muestras biológicas al acusado, no puede ser alegado en la casación.

Con base en todas estas consideraciones, el Tribunal Supremo desestima el recurso planteado.

En cuanto al segundo de los motivos de casación alegados, el cual es igualmente desestimado, y sustentado en el artículo 849.1 de la LECrim., por inaplicación del artículo 21.1 del Código Penal, en relación con el artículo 20.1 y 3 del Código Penal, tan solo mencionar, como ya es sabido, que la fundamentación de un recurso de casación en dicho motivo supone un acatamiento total a los hechos probados, por lo que cualquier modificación que se quiera realizar en el mismo deberá efectuarse en sede del número 2 de dicho artículo 849 de la LECrim., so pena de desestimación. En este caso, para no rechazar de plano el recurso sustentado en dicho motivo, el Tribunal Supremo, haciendo uso de la llamada «voluntad impugnativa», residencia el mismo en el número 2 del citado artículo 849, lo cual abre al Alto Tribunal la posibilidad de valorar los informes periciales obrantes en las actuaciones referidas a la posible eximente incompleta aplicable por padecer el acusado una «grave alteración psíquica». El resultado de dicho estudio lleva al tribunal a desestimar el motivo, ya que no hay constancia de existencia de enfermedad mental en el momento de la comisión de los hechos, sino que los informes valoran situaciones posteriores. En cualquier caso, el trastorno de personalidad en modo alguno, según tiene declarado el Tribunal Supremo, por sí solo tiene la virtualidad de ser justificativo de la eximente incompleta alegada.