

Roj: STS 7287/2011
Id Cendoj: 28079120012011101097
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 10759/2011
Nº de Resolución: 827/2011
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de **Eutimio**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Segunda) de fecha 14 de febrero de 2011 en causa seguida contra Eutimio, por un delito de detención ilegal y agresión sexual, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y el recurrente representado por la Procuradora Dña. Josefa Paz Landete García. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

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

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

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

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

Luego el procesado se sentó en el suelo y le ordenó a la testigo protegida que se colocase encima de él penetrándola vaginalmente, tras lo cual la agarró con fuerza por el cuello con una de sus manos, ya

que en la otra seguía teniendo la navaja que exhibía y mantenía en todo momento próxima al cuerpo de la testigo, llegando a agachar la cabeza de la testigo y colocándole el pene en la boca, obligándole a realizarle otra felación.

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

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

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

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

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

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

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

El acusado fue condenado en sentencia firme el 24-07-1998 por unos hechos cometidos el 26-12-1996 a las penas de 6 años de prisión por un delito de agresión sexual, dos años de prisión por un delito de hurto- robo de uso de vehículos a motor y dos años de prisión por un delito de detención ilegal. Estuvo en prisión desde los 18 a los 30 años.

El acusado lleva en situación de preso preventivo por esta causa desde el 12-03-2009".

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

"FALLAMOS: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Eutimio , como autor de un delito de agresión sexual previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.5 del Código Penal con la agravante de reincidencia a la pena de 14 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Se impone al acusado la prohibición de acercarse a la víctima, testigo protegido NUM001 a menos de 500 metros de su domicilio y lugar en que se encuentre trabajando y de comunicarse con ella por cualquier tipo de comunicación telefónica o de cualquier otro tipo así como la prohibición de residir en el lugar en que resida la víctima y todo ello por un tiempo superior de 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia. En concepto de daño moral y secuelas psicológicas el acusado indemnizará a la víctima en la cantidad de 90.000 euros, todo ello con los intereses previstos en el art. 1108 del Código Civil y 576 de la LEC.

Se imponen al acusado las costas del juicio incluidas las de la acusación particular. Se abonará al condenado el tiempo transcurrido en prisión preventiva.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Sección de la Audiencia, a medio de escrito, con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco (5) días siguientes al de la última notificación".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Eutimio , basa su recurso en tres motivos (se renuncian los motivos 3º, 4º, 6º a 10º) que ordenados sistemáticamente son los siguientes: I.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 de la LECrim, (undécimo motivo). II.- Infracción de precepto constitucional del art. 852 de la LECrim , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art.

24.2 de la CE (primer motivo) y III .- Infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por aplicación indebida del art. 180.1.5º del CP (quinto motivo).

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 24 de mayo de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

Sexto.- Por Providencia de fecha 22 de junio 2011 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 13 de julio de 2011, acordando la ampliación del plazo para dictar sentencia hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- La representación legal de Eutimio interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2011, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña , que condenó al recurrente como autor de un delito de agresión sexual, previsto y penado en los arts. 178, 179 y 180.5 del CP , concurriendo la agravante de reincidencia, a la pena de 14 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, con la prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 500 metros de su domicilio y lugar en que se encuentre trabajando y de comunicarse con ella por cualquier medio y a la prohibición de residir en el lugar en que resida la víctima, todo ello por un tiempo superior de 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta.

De los once motivos que fueron anunciados, la defensa sólo formaliza tres. Éstos van a ser objeto de tratamiento individualizado, siguiendo el criterio metódico impuesto por los arts. 901 bis a) y 901 bis b) de la LECrim, que obligan a considerar, con carácter previo, las quejas en que se denuncie algún quebrantamiento de forma.

II.- El motivo undécimo se formula al amparo del art. 850.1 de la LECrim , denunciando el error *in procedendo* en que habría incurrido la Audiencia al denegar a la defensa la aportación al plenario de una prueba documental que consistía: a) en el informe médico que acreditaba el ingreso del acusado en un centro hospitalario por sobredosis de heroína durante su estancia en prisión, anterior a los hechos objeto de enjuiciamiento -5 de junio del año 2000-; y b) sentencia de 24 de julio de 1998, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña, en la que se condenó a Eutimio por hechos similares a los que ahora son objeto de enjuiciamiento y en los que se le aplicó la *circunstancia modificativa del art. 21.1 del CP* .

No tiene razón la defensa.

Es cierto que ningún obstáculo se oponía a que esos documentos hubieran sido incorporados al material probatorio. Con carácter general puede afirmarse que el procedimiento ordinario -a diferencia del procedimiento abreviado- no conoce un trámite específico de aportación probatoria en la audiencia preliminar a que se refiere el art. 786.2 de la LECrim . Ello convierte el escrito de conclusiones provisionales en el vehículo formal más adecuado para la aportación probatoria. Así lo expresa con claridad el art. 656 de la LECrim . El art. 790.3 de la LECrim autoriza al Presidente del Tribunal a practicar " *las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles*". Sin embargo, como se desprende de la lectura de este precepto, esa propuesta probatoria tardía, como cualquier otra, está también sometida a un juicio de pertinencia.

Sobre los efectos jurídicos de la denegación de prueba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones, de lo que es muestra elocuente la STC 121/2009, 18 de mayo . De acuerdo con esta resolución, para apreciar la relevancia constitucional de esa denegación, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada «era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente *ab initio* , sin necesidad

de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre , F. 2), STC 258/2007, de 18 de diciembre , F. 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, F. 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre, F. 3.c ; 152/2007, de 18 de junio , F. 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

Proyectando esa doctrina sobre el supuesto de hecho que centra nuestra atención, esta Sala no detecta la indefensión que se dice ocasionada. En efecto, los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento se produjeron el día 7 de marzo de 2009. Parece evidente que el significado probatorio de un informe médico suscrito 9 años atrás, referido a una posible sobredosis de heroína, queda mucho más que relativizado si se repara en el transcurso del tiempo que ha mediado entre una y otra fecha. No se olvide, además, que cualquier alteración de la imputabilidad, por definición, ha de ser analizada en la fecha en que el autor ejecuta la acción típica. La alteración para captar el mandato de la norma penal, cuando está originada por el consumo de drogas, está en íntima relación con el grado de dependencia del autor que, como es lógico, varía y fluctúa a lo largo del tiempo. Téngase presente, además, que el análisis de la imputabilidad del acusado fue objeto de prueba pericial en el plenario, verificada por médicos que atendieron a Eutimio en los días inmediatamente posteriores a la ejecución del hecho por el que ha sido condenado.

Algo similar puede decirse respecto de la sentencia dictada por otro órgano jurisdiccional, en la que habría sido apreciada la *atenuante del art. 20.1 del CP*. Y es que, en este caso, ya había pasado más de una década -casi 11 años- desde la fecha del enjuiciamiento precedente. Además, hemos dicho en la STS 456/2008, 8 de julio , que los hechos declarados probados en un proceso penal anterior y las sentencias antecedentes no vinculan. Tampoco pueden prevalecer sobre las que, posteriormente, pronuncien otros Tribunales, sea cual fuere la relación, ya sea de orden subjetivo u objetivo, que pueda existir entre uno y otro proceso, a menos que concurren los requisitos determinantes de la cosa juzgada. Esta idea ya había sido reiteradamente proclamada por nuestra jurisprudencia, siendo las SSTS 36/1997, 11 de enero ; 284/1997, 20 de febrero ; 1284/1999, 21 de septiembre ; 232/2002, 15 de febrero y 1504/2003, 25 de febrero , fiel exponente de esta concepción. De obligada cita son también las SSTS 273/1995, 28 de febrero y 1054/1995, 23 de octubre , en las que se precisa que nuestro Derecho Penal vigente es un Derecho Penal de acto y ello significa que la capacidad de culpabilidad se debe comprobar en cada acción típica concretamente ejecutada por su autor, pues un mismo agente ha podido realizar distintas acciones con diferentes grados de capacidad y culpabilidad y no se agota en un estado psíquico determinado, sino en la que se completa por las consecuencias que dicho estado ha producido en el momento del hecho.

Por las razones expuestas, descartada cualquier indefensión, procede la desestimación del motivo (*art. 885.1 y 2 LECrim*).

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

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

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

La Sala no acepta el razonamiento de la defensa.

1 .- El juicio de autoría que la Audiencia ha proclamado respecto del recurrente está respaldado por una más que sólida base probatoria. De una parte, tiene por fundamento la declaración de la víctima, que en el acto del juicio oral identificó al acusado sin vacilación ni duda, reiterando así el reconocimiento efectuado en rueda durante la instrucción. Esta diligencia de reconocimiento fue practicada rodeada de cuantas garantías exigen los *arts. 369 y ss de la LECrim* . La Sala ha procedido al examen de las actuaciones, autorizado por el *art. 899*

de la LECrim, constatando que se practicaron dos ruedas sucesivas, situando al acusado en diferente lugar, siempre en presencia de Letrado y provocando la misma respuesta en ambos casos, esto es, la identificación sin ningún género de duda por parte de la testigo protegido (folio 123, tomo I).

Ambos reconocimientos estuvieron precedidos de una identificación fotográfica. Ningún reproche puede formularse a la validez de esa diligencia de reconocimiento fotográfico. Tal práctica -decíamos en nuestra STS 49/2008, 25 de febrero - constituye un punto de partida para iniciar las investigaciones y constituye una técnica elemental y habitual casi siempre inevitable, cuya pertinencia ha de estar supeditada a la provisionalidad y accesoriedad de la diligencia, en tanto que debe servir tan sólo como medio inicial de posteriores investigaciones y diligencias de tipo identificatorio (cfr, por todas, SSTS 1280/2002, 4 de julio , 1991/2001, 22 de octubre , 1525/2003, 14 de noviembre y 29/2007, 17 de enero).

En el presente caso, además, concurren algunas circunstancias que eliminan todo riesgo de que ese reconocimiento fotográfico, practicado en dependencias policiales y sin control jurisdiccional, haya predeterminado la identificación ulterior, desarrollada durante la investigación jurisdiccional y ratificada en el acto del juicio oral. En efecto, como se expresa en el FJ 1º de la sentencia recurrida, desde la primera declaración de la víctima, ésta describió una serie de rasgos que ofrecían un poderosísimo indicio en la identificación de Eutimio . Los tatuajes en la parte lateral del cuello -que la víctima explicó con detalle-, junto a las cicatrices y dibujos tatuados en su brazo izquierdo, contribuyen a descartar el error en la descripción y posterior reconocimiento del acusado.

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

2.- Sobre el control casacional de la valoración probatoria, hemos dicho en las SSTS 158/2010, 2 de febrero y 458/2009, 13 de abril , reiterando doctrina anterior, que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de la instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón. A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción con el examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no la sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o, como dice la STS 1272/2009, 16 de diciembre , si más allá del convencimiento subjetivo que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación, y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concorra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el Tribunal de la instancia haya obtenido la certeza. Sin lo primero es ocioso el examen de lo demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el Tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al Tribunal de Casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación de una convicción propia sustitutiva, que no es posible sin la intermediación de la prueba.

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

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

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

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

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

Ello implicó una desviación del objeto de la pericia, tal y como había sido definida por el Juez de instrucción, en cumplimiento de lo previsto en el *art. 475 de la LECrim* . Sin embargo, el propio Juez que había delimitado los términos del dictamen pericial, exigiendo el contraste entre las muestras dubitadas y la saliva del procesado, aceptó sin reservas el contenido inicial y la metodología del informe pericial, dictando auto de conclusión del sumario y cerrando la investigación sin añadir ni interesar rectificación alguna respecto de la técnica empleada por los peritos de la policía científica. Y esta Sala, desde luego, no puede formular objeción alguna a la aceptación por el Instructor del informe pericial en los términos en que fue elaborado.

En efecto, la metodología del análisis del ADN, a partir de la creación de la base de datos policial sobre identificadores genéticos, puede entenderse perfectamente ajustada a las exigencias impuestas por su propio significado científico, cuando el perfil genético de contraste se consigue a partir de los datos y ficheros que obran en ese registro, sin necesidad de someter la conclusión así obtenida a un segundo test de fiabilidad, actuando después sobre las muestras de saliva del procesado. Es obvio que ningún obstáculo puede afirmarse a la práctica convergente de ambos contrastes, pero también lo es que la identificación genética que obra en la base de datos, puesta en relación con los restos biológicos dubitados, normalmente hallados en el lugar de los hechos, permite ya una conclusión sobre esa coincidencia genética que luego habrá de ser objeto de valoración judicial.

Es indudable también que el imputado puede rechazar de forma expresa la conclusión pericial sobre su propia identificación genética, cuando ésta se logra a partir de los datos preexistentes en el fichero de ADN creado por la LO 10/2007, 8 de octubre. La posibilidad de que entre el perfil genético que obra en el archivo y los datos personales de identificación exista algún error, es una de las causas imaginables -no la única- de impugnación. Sin embargo, ese desacuerdo, para prosperar, deberá expresarse y hacerse valer en momento procesal hábil. No se trata de enfatizar el significado del principio de preclusión que, en el fondo, no es sino un criterio de ordenación de los actos procesales y, por tanto, de inferior rango axiológico frente a otros valores y principios que convergen en el proceso penal. Lo que se persigue es recordar que la destrucción de la presunción *iuris tantum* que acompaña a la información genética que ofrece esa base de datos -así lo autorizan la fiabilidad científica de las técnicas de obtención de los perfiles genéticos a partir de muestras ADN y el régimen jurídico de su acceso, rectificación y cancelación, autorizado por la LO 10/2007, 8 de octubre-,

sólo podrá ser posible mediante la práctica de otras pruebas de contraste que, por su propia naturaleza, sólo resultarán idóneas durante la instrucción.

4.- Resulta evidente, pues, la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio . Decíamos entonces que "*... resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:*

a) *En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.*

b) *Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.*

c) *en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ , colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados".*

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado *constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías* (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim .

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

B) También censura la defensa que los informes médico-forenses de los técnicos que dictaminaron en el plenario, no hayan determinado la apreciación de, cuando menos, "*... una circunstancia analógica de anomalía psíquica o de toxicomanía o una mixta de ambas* (arts. 21.7 y 1, 20.1 y 2 CP) ". Ni el empleo del arma ni las cautelas adoptadas por el acusado -apagar luces y cerrar puertas- son incompatibles con la merma de las facultades volitivas que, a juicio de la defensa, estaba presente en el momento de la ejecución del hecho. La valoración de esos informes periciales, por tanto, habría sido contraria al derecho constitucional proclamado por el art. 24.2 de la CE .

No tiene razón el recurrente.

La quiebra del derecho a la presunción de inocencia no se produce cuando el Tribunal *a quo* , con fundamento en las pruebas practicadas en su presencia y practicadas con arreglo al principio de contradicción, proclama unas conclusiones que no gustan al imputado. En el juicio oral se practicó pruebas más que bastante acerca de los presupuestos fácticos que podrían haber implicado una alteración de las capacidades volitivas de Eutimio . El FJ 4º de la sentencia cuestionada se centra en el análisis de las circunstancias modificativas invocadas por la defensa. Y en la exclusión de esas atenuantes no existe atisbo de arbitrariedad o de contradicción con las elementales máximas de experiencia que han de presidir un modelo racional de valoración probatoria. Los Jueces de instancia ponen de relieve cómo el desarrollo de los hechos, lejos de reflejar una impulsividad determinada por la falta de control de los propios actos, evidencia un calculado control que resulta incompatible con el déficit psíquico que la defensa atribuye a su patrocinado. Según explica

la Audiencia, el acusado se recreó en su situación de dominio sobre la víctima durante todo el tiempo que duró la acción: "... *en modo alguno puede considerarse que el acusado hubiera sido compelido a realizar la acción víctima de un impulso irresistible. Controló la situación en todo momento y se aseguró de poder consumir el delito sin interferencias ni interrupciones, doblegando a la víctima y asegurándose de que nadie pudiera entrar en el establecimiento o que se hubieran visto las luces encendidas y la puerta cerrada hubieran podido sospechar algo*".

De la capacidad del acusado para captar el mensaje imperativo de la norma penal y, por tanto, la prohibición expresada en el tipo, habla el hecho de que, una vez consumada la secuencia de penetraciones a las que Eutimio sometió a su víctima, se vistió, haciendo lo propio con la agredida, siendo en ese momento "... *cuando le da un beso en los labios, y le dice que sabe que le ha hecho daño. La víctima abre la puerta y aún bajo el influjo del apoderamiento que supone violar e intimidar con un cuchillo a la víctima, sigue en el establecimiento, hablando normalmente, durante media hora más*".

Las conclusiones de la Audiencia interpretando el material probatorio ofrecido a su consideración para la apreciación de circunstancias modificativas de la imputabilidad, son razonables y han sido debidamente motivadas, no detectando esta Sala quiebra alguna del derecho constitucional que se dice infringido.

C) La defensa llama la atención sobre el hecho de que no conste en las actuaciones el testimonio de la ejecutoria emanada de la sentencia por la que había sido condenado Eutimio, en el año 1998. Por consiguiente, no consta deliberadamente acreditada la fecha de extinción de las penas impuestas, lo que debió haber dado lugar a la no aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia por falta de prueba.

La queja no puede ser atendida.

El presupuesto fáctico para la apreciación de la agravante de reincidencia aparece recogido en el relato de hechos probados, en el que se afirma que el acusado fue condenado en sentencia firme el 24 de julio de 1998, por un delito de agresión sexual cometido el día 26 de diciembre de 1996, a la pena de 6 años de prisión; por un delito de hurto-robo de uso de vehículo de motor, a la pena de 2 años de prisión y por un delito de detención ilegal, a la pena de 2 años de prisión.

No es cuestionable que la apreciación de la agravante de reincidencia prevista en el *art. 22.8 del CP* ha de estar basada en una descripción fáctica de sus presupuestos, que ha de ser acogida en el relato de hechos probados. Así lo hemos proclamado de forma reiterada (cfr. por todas, SSTS 344/2009, 31 de marzo, 1293/2003, 7 de octubre, 88/2001, 31 de enero y 1273/2000, 14 de julio). Ello resulta obligado, con el fin de ser respetuosos con la prohibición expresa, impuesta por el mismo precepto, de que se computen antecedentes penales cancelados o que sean susceptibles de cancelación. Sin embargo, la ausencia de un testimonio de la ejecutoria no conlleva, siempre y en todo caso, la vulneración del régimen jurídico de la expresada agravante. Hemos afirmado que si la hoja histórico-penal ofrece datos bastantes para entender que el delito se cometió estando aún vigente el antecedente penal, es suficiente para apreciar esta agravante (STS 2010/2002, 3 de diciembre).

En el presente caso, los antecedentes tomados en consideración por la Audiencia -entre los que existe otra condena a 10 años de prisión por un segundo delito de agresión sexual, que no ha sido incorporada al *factum*-, no podían haber sido cancelados en el momento de la comisión del hecho delictivo del que trae causa el presente procedimiento. En efecto, suponiendo a favor del reo que el acusado ingresó en prisión preventiva el mismo día de ejecución de los hechos anteriores -26 de diciembre de 1996-, el plazo de cancelación de cinco años fijado por el *art. 136.1.2.2 del CP*, sólo podría haberse iniciado después de que hubieran transcurrido 10 años, duración total de las condenas impuestas. Si así fuera, ese plazo habría comenzado el día 26 de diciembre de 2006, siendo susceptible de cancelación el 26 de diciembre de 2011. Se da la circunstancia de que el delito a que se refiere la presente causa se cometió el día 7 de marzo de 2009, por tanto, cuando los antecedentes anteriores no eran susceptibles de cancelación.

IV.- El motivo quinto, con cita del *art. 849.1 de la LECrim*, denuncia error de derecho, infracción de ley por aplicación indebida del *art. 180.1.5 del CP*.

El error de subsunción en el que habría incurrido la Audiencia -se razona- consistiría en no haber distinguido con claridad dos momentos netamente diferenciados en la dinámica comisiva. Un primer momento en el que, tras dirigir la navaja al cuello de la víctima, dio comienzo a la ejecución de un delito de robo con intimidación del que luego desistió y un segundo momento en el que ejecutó la agresión sexual, durante la cual no consta que hubiera dirigido el arma blanca que portaba a zona vital alguna del cuerpo de la víctima. El autor se habría limitado a una simple exhibición que, como tal, no puede ser penada con la aplicación del tipo agravado previsto en el *art. 180.1.5 del CP*. Entiende la defensa que el *factum* es ambiguo y que el uso de la navaja no estuvo preordenado al logro del acceso carnal.

El motivo no puede ser acogido.

El desarrollo del motivo incurre en un defecto que, de por sí, habría justificado su inadmisión -ahora desestimación-, al argumentarse con absoluta distancia respecto de lo que el hecho probado proclama (cfr. *art. 884.3 y 4 LECrim*). No se trata de rendir culto a una concepción rigorista y formal del recurso de casación, sino de ajustar la impugnación que habilita el *art. 849.1 de la LECrim* a lo que constituye su naturaleza como recurso extraordinario, tanto en su dimensión histórica como actual. De lo que se trata, en fin, es de hacer posible una denuncia acerca de los posibles errores en el juicio de subsunción. Pero su demostración ha de ofrecerse a partir de lo que el Tribunal *a quo* ha declarado probado, no tomando inspiración en lo que a la parte le hubiera gustado que afirmara.

Los Jueces de instancia explican que "*... luego el procesado, con la intención y ánimo de satisfacer sus impulsos sexuales, comenzó a tocarla por la cara y los brazos tras lo cual la desnudó y se desnudó él, abriendo de nuevo la navaja y exhibiéndola en todo momento muy próxima al cuerpo de la testigo protegida . El procesado le ordenó a la testigo que se sentase encima de la alfombrilla del probador y él se colocó de cuclillas, llegando a tocarle la vagina. El procesado le dijo en varias ocasiones con la intención de amedrentarla <que no se olvidase de que él tenía en la mano la navaja> , tras lo cual la agarró con fuerza por la cabeza y le dirigió ésta hacia su pene, obligándole a realizar una felación (...)* Luego el procesado se sentó en el suelo y le ordenó a la testigo protegida que se colocase encima de él penetrándola vaginalmente, tras lo cual la agarró con fuerza por el cuello con una de sus manos, ya que en la otra seguía teniendo la navaja que exhibía y mantenía en todo momento próxima al cuerpo de la testigo , llegando a agachar la cabeza de la testigo y colocándole el pena en la boca, obligándole a realizarle otra felación".

La redacción del factum no puede ser más expresiva, poniendo de manifiesto que la ambigüedad que se denuncia sólo es invocable como comprensible estrategia defensiva. También demuestra que la utilización de la navaja, que estuvo preordenada a asegurar la inmovilización de la víctima, implicó un peligro real y concreto para la integridad física de la víctima. Se colmaron así todos los elementos que definen el delito de agresión sexual tal y como ha sido certeramente calificado por la Audiencia. El acusado no se limitó a la exhibición de la navaja, lo que habría podido suscitar alguna duda respecto de la aplicabilidad de la agravación, que no puede ser apreciada cuando ese instrumento amenazante es el que se emplea para conseguir doblegar, sin riesgo para la integridad física, la voluntad de la víctima. En el presente caso, la navaja está siempre próxima al cuerpo de la testigo y, sobre todo, existe un momento en el que Eutimio agarra con una mano por el cuello a la víctima y con la otra sostiene la navaja. El concreto riesgo lesivo que implicó esa secuencia resulta incuestionable.

Es obligado, en consecuencia, desestimar el motivo (*arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim*).

V .- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el *art. 901 de la LECrim* .

III. FALLO

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

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Juan Saavedra Ruiz D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda D. Manuel Marchena Gomez D. Alberto Jorge Barreiro

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gomez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.