

Doctrina Jurisprudencial sobre ADN, cacheos, huellas, reconocimientos fotográficos y en rueda, intervenciones corporales y otras diligencias probatorias

Javier Huete Nogueras
Fiscalía del Tribunal Supremo

Resumen

La finalidad de esta ponencia no es otra que exponer la situación actual de la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en referencia a las distintas diligencias probatorias señaladas, destacando las concretas exigencias que el Tribunal Supremo viene concretando en sus resoluciones a los efectos de la validez de las mencionadas diligencias para ser utilizadas como prueba de cargo.

I.- ADN

II.- Intervenciones Corporales

II.1.- Cacheos

II.1.1.- Doctrina general

AUTO 2061/2005 N° de Recurso: 436/2005 Fecha Auto: 05/10/2005

II.1.2.- Intervencion de drogas en la boca y cacheo –bolsillos-.

Sentencia N°: 882/2012 RECURSO CASACION N°:99/2012 Fecha Sentencia: 14/11/2012

II.1.3.- Intervencion colaboradora de Guardias Jurados

Sentencia n°: 892/2006 Fecha: 12/09/2006 Recurso N°: 2062/05

II.1.4.- Toma de muestra de residuos de pólvora por la Policía sin consentimiento del acusado ni presencia letrado

Sentencia N°: 383/2010 RECURSO CASACION N°:10727/2009 Fecha Sentencia: 05/05/2010

II.2.- Huellas

1.- Sentencia N°: 671/2011 RECURSO CASACION N°:2443/2010 Fecha Sentencia: 20/06/2011

2.- Sentencia N°: 892/2008 RECURSO CASACION N°:10289/2008 Fecha Sentencia: 26/12/2008

II.3.- Reconocimientos fotográficos y Reconocimientos en rueda

1.- Sentencia N°: 263/2012 RECURSO CASACION N°:2235/2011 Fecha Sentencia: 28/03/2012

2.- Sentencia N°: 283/2013 RECURSO CASACION N°:929/2012 Fecha Sentencia: 26/03/2013

3.- Sentencia N°: 330/2014 RECURSO CASACION N°:1772/2013 Fecha Sentencia: 23/04/2014

II.4.- Otras diligencias Probatorias

II.4.1 Exploraciones radiológicas:

1.- AUTO 1380/2012 N° de Recurso:10526/2012 Fecha Auto: 28/06/2012

2.- Sentencia N°: 240/2013 RECURSO CASACION (P) N°:11035/2012 P Fecha Sentencia: 08/04/2013

II.4.2.- Cuerpo de Escritura

1.- Sentencia N°: 892/2008 RECURSO CASACION (P) N°:10289/2008 P Fecha Sentencia: 26/12/2008

2.- Sentencia N°: 603/2013 RECURSO CASACION N°:78/2013 Fecha Sentencia: 02/07/2013

II.4.3.- Prueba fonometrica

Sentencia N°: 1332/1997 RECURSO DE CASACIÓN N°:607/1997 P Fecha Sentencia: 03/11/97

I.- ADN

II.- Intervenciones Corporales

Intervenciones corporales, entre las que se destacan, la exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas) con objeto de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible y a la participación en él del imputado y las inspecciones y registros también corporales, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos, o antropomórficos), o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electroencefalogramas, exámenes ginecológicos), o al descubrimiento del delito (inspecciones anales o vaginales).

II.1 .- Cacheos

II.1.1.- Doctrina general

AUTO 2061/2005

Nº de Recurso:436/2005

Fecha Auto: 05/10/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Siro Francisco García Pérez

La diligencia de cacheo personal no supone violación de derechos fundamentales siempre que la actuación policial cuente con amparo legal, esté racionalmente justificada y se mantenga en los límites de la proporcionalidad. El amparo legal se encuentra en el artículo 19.2 de la L.O. 1/1.992 de 21 de febrero, que autoriza su realización por la Policía Judicial en su función de averiguación y descubrimiento de los delitos. La proporcionalidad -como eje definidor de lo permisible- exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionarse a la persona; y la justificación racional, por su parte, supone la proscripción de toda arbitrariedad en la realización de la medida, que ha de apoyarse en fundadas sospechas o en indicios racionales y suficientes que fundamenten su adopción. Se trata, por tanto, de diligencias policiales previas a la constatación de un hecho delictivo y exentas por ello de obligatoriedad en cuanto a la asistencia letrada, al estar motivadas por el deber que incumbe a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de prevenir la comisión de actos delictivos (artículo 11.1.f) y g) de la L.O. 2/1.986, de 13 de Marzo), pues -tal y como expone la STS 1.078/2.001- el examen de los equipajes y el cacheo personal superficial constituyen un acto legítimo ordinario de la Policía Aduanera de control y prevención del delito, que no precisa de asistencia de Letrado.

Cuestión distinta del apoyo legal, justificación racional y proporcionalidad del cacheo policial -que son parámetros que delimitan su inicial legitimidad- es la relativa al modo de practicarse, con posible afectación o lesión de determinados derechos fundamentales:

1) El cacheo no vulnera el derecho a la libertad ni el derecho a circular libremente, porque la inmovilización momentánea del ciudadano durante el tiempo

imprescindible para su práctica constituye un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, si cumple las exigencias de racionalidad y proporcionalidad ya examinadas antes. No equivale el cacheo a una detención y, por ello, como ya hemos señalado, las exigencias previstas en la LECrim. para la detención no pueden ser extendidas a aquella diligencia. Como se viene manteniendo desde sentencia de 17 de Junio de 1.999, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala han distinguido nítidamente entre la detención contemplada en el artículo 17.2º y 3º de la Constitución y las meras retenciones o provisionalísimas restricciones de libertad que comportan de modo inevitable determinadas diligencias no dirigidas contra la libertad ambulatoria (pruebas de alcoholemia, identificaciones o cacheos), en las que lo relevante es la cobertura legal, el respeto al principio de proporcionalidad y la evitación de la arbitrariedad.

2) En consecuencia, no procede exigir en el cacheo presencia de Letrado y demás garantías inherentes a la detención, por las siguientes razones: a) Por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los Agentes de la Autoridad y para el propio detenido que, por la propia exigencia de inmediatez, hace imposible su vigencia; y b) Porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios; no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia, sobre el que existe abundante jurisprudencia.

3) El derecho a la integridad física no está afectado por el cacheo. La mínima intervención corporal que el cacheo supone excluye toda idea de riesgo para la integridad física del interesado. En cuanto al derecho a la intimidad, queda preservado si se cumplen tres condiciones: que el cacheo se realice por alguien del mismo sexo; que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado; y que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes (STS de 31 de Marzo de 2.000).

II.1.2.- Intervención de drogas en la boca y cacheo –bolsillos-

Sentencia Nº: 882/2012

RECURSO CASACION Nº:99/2012

Fecha Sentencia: 14/11/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

En su argumentación justifica la nulidad del registro corporal (inspección de la cavidad bucal y registro del bolsillo posterior del pantalón) por falta de proporcionalidad de la medida, falta de motivación y falta de control judicial para tal diligencia. Se dice que el registro fue efectuado en plena calle y que lo correcto hubiese sido trasladarle a las dependencias policiales para allí practicar la diligencia.

Se reconoce en el desarrollo del motivo que no existe en nuestra legislación una regulación de las intervenciones corporales y que la Constitución tampoco exige la reserva absoluta de resolución judicial respecto a la intimidad personal, pero se concluye que en el presente caso no existió proporcionalidad en la medida y que en ningún caso puede suponer un trato vejatorio, estimándose que al no concurrir ninguna de estas garantías, el registro corporal fue nulo, careciendo de validez el resultado que se obtuvo con lo que la condena carece del imprescindible soporte probatorio de cargo.

Para una mejor comprensión de la respuesta que debe darse a esta denuncia, debemos distinguir tres momentos sucesivos pero diferenciados cronológicamente en la actuación policial.

1) La acción del recurrente que se pone nervioso al ver a un agente de servicio, cambia de dirección, se agacha entre dos vehículos, operación vista por el agente que va al lugar y en ese sitio recoge una papelina húmeda.

2) La actuación del agente que tras ello, le requiere para que abra la boca para efectuar un examen bucal ocupándosele en dicho lugar tres bolsitas termoselladas.

3) El subsiguiente cacheo exterior "superficial" según el factum que tuvo por resultado la ocupación de dos bolsitas más en el bolsillo posterior del pantalón.

En relación a la ocupación de la bolsita dejada por el recurrente es claro que se está en una situación previa a la detención, que no requiere ninguna autorización judicial ni menos presencia de letrado. Se está en una diligencia de investigación para la que la policía está específicamente autorizada como viene a reconocer el propio recurrente que cita la L.O. 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la L.O. 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Retenemos de dichas leyes las siguientes previsiones:

Art. 11.1 g) de la L.O. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

"g) 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....".

Arts. 19 y 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana:

"Art. 19 (Restringir el tránsito en vías públicas).

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento. Asimismo podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

Art. 20 (Identificación de personas).

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad a que los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (RCL 1986, 788).

Asimismo hacemos referencia al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 31 de Enero de 2006 sobre recogida de efectos biológicos, y que por analogía tiene incidencia en el presente caso:

"La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial".

Obviamente de dicho Acuerdo se deriva la legitimidad de la policía para recoger por sí misma, la papelina abandonada por el recurrente.

La actuación de la policía en relación a esta primera actuación es absolutamente correcta y no merecedora de reproche alguno: el agente ve que un peatón, al verle, cambia bruscamente la dirección, se agacha entre dos coches y sale, el agente ante una acción claramente sospechosa por inusual, se dirige al lugar donde el viandante se ha agachado, y allí, sin fracturas temporales, recoge una papelina húmeda, evidentemente se ignora la sustancia pero la probabilidad de que sea droga es alta por la presentación y por estar húmeda, lo que se puede relacionar con que pudiera haberla extraído de la boca donde se suelen esconder, lo que constituye un dato de experiencia avalado por la reiteración de ese lugar de ocultación.

Pasamos a la segunda actuación: ante el resultado --sospechoso-- que ha arrojado la inspección y recogida del objeto abandonado por el recurrente para el que obviamente no se requiere ninguna autorización judicial como ya se ha dicho, se dirige al recurrente y le requiere a que abra la boca lo que es obedecido por el recurrente que no se opone, con el resultado de ocupar otras tres bolsitas semejantes a las ya ocupadas por la policía, todas ellas semejantes entre sí como reconoce el propio recurrente al folio 16 del recurso.

En relación a esta intervención, la actuación policial en la medida que descansaba en el resultado de la primera intervención, quedó justificada, justificación que se extendió a la tercera actuación policial que consistió en un cacheo superficial, ocupándosele en el bolsillo posterior del pantalón --según el factum--, o en el bolsillo trasero de unos bermudas que llevaba debajo del pantalón -según el recurrente-- otras dos papelinas.

El recurrente denuncia que el registro bucal y el cacheo fue desproporcionado, afectó a su intimidad y tuvo un carácter vejatorio por haberse llevado a cabo en plena vía pública.

Se discrepa desde la triple denuncia que se efectúa, no fue desproporcionado porque lo que se investigaba era un delito grave, tráfico de drogas, lo que reconoce el propio recurrente en el primer párrafo del folio 9 del recurso, no resultó afectada la intimidad ni tuvo un carácter vejatorio porque el examen de la cavidad bucal se realizó sin fuerza al ser consentido por el recurrente, no fue vejatorio porque no se examinó la ropa interior del recurrente como se dice --pág. 7 del recurso-- simplemente se examinó el contenido del bolsillo trasero del pantalón o de las bermudas que llevaba debajo, lo que no es equivalente al examen de la ropa interior. Por otra parte fue llevado a cabo por agentes masculinos --como el recurrente--, y no se aprecia ninguna actividad innecesaria ni vejatoria sino que el cacheo se concretó a los justos límites necesarios para el fin perseguido, siendo por otra parte esta actividad policial idónea para el descubrimiento del delito del que se sospechaba.

En definitiva nos encontramos ante una medida justificada e idónea al fin buscado, proporcionada desde los intereses en conflicto, siendo obvia la superior naturaleza e interés en investigar los delitos contra la salud pública, respecto de cuya gravedad no es preciso insistir, existe una cobertura legal suficiente a la que antes se ha hecho referencia, y, finalmente, había obvias razones de urgencia que aconsejaban la actuación policial en los términos que han sido analizados sin que se haya observado exceso o desmesura policial alguna.

II.1.3.- Intervención colaboradora de Guardias Jurados

Sentencia nº: 892/2006

Fecha: 12/09/2006

Recurso Nº: 2062/05

Ponente: Luis-Román Puerta Luis

SEGUNDO. El motivo primero, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 de la Constitución, “ante la ausencia total de mínima actividad probatoria de cargo obtenida de forma legítima y válida”, “ya que la incautación de la sustancia estupefaciente a raíz de la que se produce la detención inicial del recurrente y la incoación del presente procedimiento, se ha obtenido con vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 17 y 18 de la Constitución española, al efectuarse por los Guardas Jurados o de Seguridad de la discoteca Bananas un cacheo sorpresivo al acusado, a través del cual fue incautada la sustancia estupefaciente”, dado que la Ley 23/92, de Seguridad Privada, atribuye a estas personas unos servicios calificados de “complementarios y subordinados respecto de la Seguridad Pública, competencia ésta exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”; consiguientemente, “la actuación de los agentes de seguridad de la discoteca Bananas vulneró los derechos a la libertad e intimidad personal del acusado, reconocidos en los artículos 17 y 18 de nuestra Carta Magna”.

El motivo carece de fundamento atendible y no puede prosperar, por las siguientes razones: 1ª: Porque ni del tenor de la resolución combatida ni de las actuaciones de autos se desprende que los Vigilantes Jurados de la discoteca en la que se encontraba el acusado el día de autos le hicieran objeto de ningún cacheo; pues, al resultarles sospechosa su conducta –por las reiteradas idas y venidas al guardarropa y por la forma extraña en que cogió su cartera y la ocultó-, le pidieron que les mostrase la cartera y se identificase, viendo cómo tenía, en la cartera, “varias” bolsitas –que supusieron pudieran contener cocaína- y cómo llevaba un D.N.I. que no era el suyo, razones por las que dieron cuenta de estos hechos a la Guardia Civil, que se personó posteriormente en el local y levantó el correspondiente atestado –v. la declaración policial de Alfonso Quilis (f. 4) y las declaraciones del mismo y de los dos Guardias Civiles que comparecieron en el juicio oral como testigos de cargo (acta J.O.); y 2ª: porque, entre la funciones atribuidas legalmente a los “vigilantes de seguridad” figuran la de “efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados”, “evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección” y “poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos” (v. art. 11.1 de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada.

De lo dicho se desprende que la actuación de los vigilantes jurados de la discoteca fue jurídicamente correcta y que, por ello, no puede hablarse de ninguna vulneración de los artículos 17 y 18 de la Constitución, que proclaman, como derechos fundamentales de la persona, el derecho a la libertad y a la seguridad, así como al honor y a la intimidad personal; ni tampoco del artículo 24.2 de la Constitución, que proclama –entre otros- el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto –como es notorio- el ámbito de este derecho alcanza al hecho y a la participación en el mismo, extremos sobradamente acreditados en el presente caso por la incautación de la droga en poder del acusado.

II.1.4.- Toma de muestra de residuos de pólvora por la Policía sin consentimiento del acusado ni presencia letrado

Sentencia N°: 383/2010

RECURSO CASACION (P) N°:10727/2009 P

Fecha Sentencia: 05/05/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Toma de muestra de residuos de pólvora por la Policía sin consentimiento del acusado ni presencia letrado.

b) Respecto a la toma de muestras de residuos.

Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien puede razonablemente serlo y solamente a contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

En la prueba de toma de muestras no se le obliga a emitir una declaración de voluntad que admita su culpabilidad, sino lo que hace es tolerar que en zonas corporales exteriores visibles se le aplique un adhesivo en orden a determinar la existencia de posibles residuos de la nube provocada por la deflagración del disparo con arma de fuego.

Se trata por tanto, de una prueba que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia debe considerarse que prestarse a facilitar la colocación del adhesivo no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, y que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de "una especial modalidad de pericia" exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3º y 24.2º de la Constitución. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/79 de 4 de Diciembre al declarar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado. (STS. 1232/97 de 3.11).

En efecto estas pruebas discutidas 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 requiere un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, con aportaciones o contribuciones del sujeto que sostenga o puedan sostener su propia imputación penal. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y si, por el contrario la obligación de soportarlas. Puede traerse también a colación a STEDH de 17.12.96 (caso Saunders versus Reino Unido) que en su párrafo 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.

Partiendo de estas premisas las quejas del recurrente de que la prueba se le practicó estando inconsciente, sin intervención del Secretario Judicial su autorización judicial y sin estar presente Letrado alguno, no puede merecer favorable acogida.

En efecto no existe en la Constitución en relación a las inspecciones o intervenciones corporales, en cuanto afectantes a la intimidad y a la integridad física

reserva absoluta de resolución judicial, y la Ley puede autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones la urgencia y necesidad, la práctica de actos que comportan una simple intervención sin afección grave y se observen los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y racionalidad.

La policía judicial tiene por imperativo constitucional, art. 126 CE. 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 LECriminal 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". Se trata en todo caso, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim. atribuyen a la Policía 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, o en este caso toma de muestras de haber disparado, 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.

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 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 las muestras obtenidas por los especialistas en identificación, sean remitidas a los respectivos Gabinetes científicos.

En el caso presente, la toma de muestras para averiguar la existencia de residuos de disparo en determinadas zonas corporales del recurrente, se llevó a cabo en un Centro Hospitalario donde se encontraba ingresado, tras haber sido intervenido quirúrgicamente de urgencia y sometido a cuidados intensivos. La necesidad y urgencia de su práctica es resaltada por la Sala de instancia "dado que este tipo de residuos tienden a desaparecer por frotamiento o por simple movimientos corporales que pueden provocar del desprendimiento de las partículas depositadas sobre la piel (...) y ante una previsible manipulación de las zonas corporales posiblemente afectadas por los residuos de disparos, la demora en su practica podía comprometer los resultados de dicha diligencia."

Razones de urgencia que posibilitaría su practica por la Policía Judicial sin precisar la previa autorización judicial, ni la necesidad de acta de la diligencia con presencia de Secretario Judicial y asistencia de abogado.

En efecto actuaciones como la obligación de expulsar unas bolsas de la boca (STS. 25.1.93) o la toma de huellas dactilares (STS. 12.4.92) –diligencia esta similar a la

toma de muestras del presente caso- pueden resultar admisibles sin necesidad de una intervención judicial ni una específica Ley habilitante.

En cuanto que no estuviera presente el Secretario Judicial, tal ausencia carece de relevancia, toda vez que la prueba del hecho no radica en el acta de la toma, sino en el testimonio prestado por los funcionarios en el juicio oral, con todas las garantías, relatando las circunstancias y resultado de la diligencia y del ulterior informe pericial practicado.

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 tomas realizadas o efectos hallados, sin que precise de ratificación alguna por parte de las personas que hubieran intervenido, derivando su función acreditativa de la propia naturaleza a la función organiza atribuida al Secretario Judicial.

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 su atestado policial, por lo que los elementos probatorios que de ellas pudieran derivarse deben incorporarse al juicio oral, mediante un medio probatorio aceptable en derecho: por ejemplo, declaración testifical de los agentes intervinientes debidamente practicada en juicio con las garantías de la contradicción y la inmediación. En este sentido la STS. 23.11.2001 preciso que la recogida previa de las muestras o vestigios del delito constituye una diligencia policial, que no tiene la naturaleza de prueba constituida y que en la medida que constituye un antecedente necesario del dictamen pericial practicado en juicio, necesita ser incorporado al mismo mediante la comparecencia y declaración de los Agentes que la practicaron.

Respecto a su situación de inconsciencia y falta de asistencia letrada en la toma de muestras, ya hemos señalado la no necesidad de consentimiento para la practica de una diligencia de estas características, y sobre la presencia de letrado, en primer lugar la situación del recurrente no era propiamente la de “detenido” por cuanto se encontraba hospitalizado y operado de urgencia para salvaguardar su propia integridad física y de hecho la toma de muestras se realizo al día siguiente de los hechos, el 2 marzo, y la lectura de derechos el 5 marzo y en segundo lugar, aún tratándose de un detenido la toma de muestras en la forma que se practicó era una actuación inmediata que no exige asistencia letrada, no se trata de una diligencia de reconocimiento de la que debe ser objeto el acusado, y la presencia de letrado no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva tendente solo a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios y no cabe entender que el sometimiento a esta diligencia imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos a la toma de huellas dactilares o al test de alcoholemia.

II.2.- Huellas

1.- Sentencia Nº: 671/2011

RECURSO CASACION N°:2443/2010
Fecha Sentencia: 20/06/2011
Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro

SÉPTIMO. Los motivos segundo, tercero y cuarto se refieren específicamente a su hermano José Morales. No procede, pues, entrar en su examen.

1. El motivo quinto sí se refiere al propio recurrente, pues en él se denuncia, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Arguye la parte recurrente que la huella indubitada del acusado que ha sido utilizada para la pericia dactiloscópica ha sido obtenida de sus antecedentes policiales, pese a que los mismos tenían que haber sido cancelados de oficio, contraviniendo así la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.

Para constatar si se ha enervado la presunción de inocencia se precisa verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

Pues bien, con respecto a la acción falsaria la alegación exculpatória esgrimida por la defensa carece de todo fundamento. El hecho de que los funcionarios policiales aportaran las huellas dactilares del acusado Juan Morales que guardaban en los registros policiales con motivo de detenciones anteriores no presenta ilegalidad de ninguna índole. El argumento del recurrente de que al tener cancelados los antecedentes penales no cabía utilizar los datos obrantes en los registros policiales, carece todo sustento razonable. Una cosa es que el antecedente penal no opere como tal una vez cancelado, y otra muy distinta que los datos policiales obtenidos con motivo de detenciones anteriores no puedan utilizarse para investigar otros delitos, como postula el recurrente con un razonamiento que contradice la lógica de lo razonable en la interpretación de cualquier norma.

Una vez descartada la ilegalidad de la pericia dactiloscópica, y ratificada esta en la vista oral del juicio,

2.- Sentencia N°: 892/2008
RECURSO CASACION (P) N°:10289/2008 P
Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
Fecha Sentencia: 26/12/2008
Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Y con respecto a la prueba dactiloscópica, el agente nº 18881 que efectuó la recogida y análisis de las huellas, encontró 12 particularidades de coincidencia, sin que tuviera duda alguna sobre la identificación de las mismas con los procesados Triple Viorel y Vladislav Barsukov (informe pericial folios 868 a 879).

Pues bien sobre esta prueba la STS. 468/2002 de 15.3 considera indicio especialmente significativo, es decir de una “singular potencia acreditativa, que las huellas dactilares del recurrente se encuentran en el lugar donde los hechos acaecieron”.

Como recuerda la STS. 29.10.2001 y ha señalado esta Sala en reiteradas sentencias en las que se ha admitido la efectividad de esta prueba para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia (entre otras las de 17.3, 19.6.99 y las de 22.3, 27.4 y 19.6.2000), la pericia dactiloscópica constituye una prueba plena en lo que respecta a la acreditación de la presencia de una persona determinada en el lugar en que la huella es encontrada y permite establecer, con seguridad plenamente absoluta, que sus manos han estado en contacto con la superficie en la que aparecen impresas.

La conexión de estos datos con la atribución al titular de las huellas de la participación en los hechos delictivos necesita, sin embargo, un juicio lógico inductivo sólidamente construido, del que pueda deducirse, sin duda racional alguna, que por el lugar en que se encuentra la huella o por el conjunto de circunstancias concurrentes ésta necesariamente procede del autor del hecho delictivo, o bien quepa establecer conclusiones alternativas plausibles que conduzcan a la incertidumbre o a la indeterminación, porque las huellas han podido quedar impresas antes o con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos de una manera ocasional.

Pues bien en el presente caso no concurre esta posibilidad alternativa plausible, dadas las específicas circunstancias concurrentes, por lo que ha de estimarse que la conclusión del tribunal sentenciador es la única razonable y lógica, sin duda racional alguna.

En efecto las huellas fueron localizadas de modo inmediatamente posterior a los hechos delictivos por la Policía Judicial, y el agente policial que tomó las huellas y realizó el análisis “matizó vehementemente en el acto del juicio “- según expresión de la propia sentencia- como tras muchos años de experiencia policial en huellas dactilares, pocas veces actuó el reactivo más rápidamente, lo que indica a su juicio que eran recientes, incluso de horas antes.

Por otra parte el propio acusado no proporciona una explicación alternativa plausible de cómo pudieron quedar impresas sus huellas dactilares en el lugar donde la víctima permaneció detenida. Es cierto que no recae sobre el acusado la carga de acreditar su inocencia, pero cuando existen pruebas de cargo serias de la realización de un hecho delictivo –y las huellas dactilares indudablemente lo son- la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación “reclamada” por la proba de cargo y que solamente este se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento común, de que no existe explicación alternativa alguna.

II.3.- Reconocimientos fotográficos y Reconocimientos en rueda

1.- Sentencia N°: 263/2012

RECURSO CASACION N°:2235/2011

Fecha Sentencia: 28/03/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Reconocimiento fotográfico en sede policial. No ratificado en instrucción sin causa justificada. Exigencias y requisitos

Sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de la diligencia del reconocimiento fotográfico policial, la jurisprudencia de esta Sala -por todas STS 994/2007, de 5-12, tiene declarado:

1º Los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

2º. Son meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación el criminal.

3º. La policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

4º. No obstante, aunque se hubiera practicado el reconocimiento fotográfico antes de tal rueda judicial, incluso en aquellos casos en que existiera una previa identificación del sospechoso, tal reconocimiento fotográfico no priva de validez a las demás diligencias sumariales o pruebas del juicio oral que pudieran practicarse sobre el mismo dato de esa identificación.

En la STS 503/2008, de 17 de julio (caso del atentado terrorista del “11 M”), con cita de la sentencia núm. 1202/2003, de 22 de septiembre, se argumenta que “los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del

juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes”.

Y más adelante, en la misma sentencia 503/2008, se precisa que “la exhibición de varias fotografías de distintas personas a los testigos no constituye en realidad una diligencia de reconocimiento de identidad, sino una actuación previa de investigación, realizada generalmente por la Policía, con la finalidad de orientar adecuadamente las pesquisas encaminadas a la identificación del autor de los hechos. Los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de letrado, o en el mismo acto del juicio oral. En realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción”.

En esa misma sentencia se recuerda que “esta Sala ha declarado que ni siquiera el reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción es la diligencia de prueba susceptible de valoración, al señalar que tal diligencia, aun a pesar de ser hecha con todas las garantías, no puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. Para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que manifiesta que todo acusado tiene, entre sus mínimos derechos, el de “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”, así como con el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del mismo tenor”.

En STC 340/2005, de 20-12-, el TC precisa que el reconocimiento fotográfico no pasa de ser un medio válido de investigación policial o, incluso judicial, por lo que habiendo existido una verdadera actividad probatoria en el juicio oral, se trataría en principio de una actividad carente de toda relevancia con la presunción de inocencia. Ahora bien, es posible que se produzcan situaciones en las que la prueba practicada en el juicio oral pueda estar condicionada por la regularidad del reconocimiento fotográfico en su día realizado, situaciones de las que se ha admitido “la posibilidad de que el resultado de la identificación fotográfica sea llevada a juicio a través de otros medios de prueba (en el caso, la declaración testifical de la víctima del delito) que sean sometidos a los principios de inmediación y contradicción”. Sin embargo -sigue diciendo- esta posibilidad la

hemos calificado de "excepcional" y, como tal, no es ni puede ser incondicional, desde el momento en que la prueba practicada en el juicio oral no tiene un contenido incriminatorio propio, si no por razón al reconocimiento fotográfico, se hace imprescindible que éste se haya realizado en condiciones tales que descarten por completo la eventual influencia de los funcionarios policiales sobre la persona que ha de realizar la identificación". La mentalidad del investigador en este punto se erige, pues, en una condición inexcusable para que la posible excepcionalidad que ahora nos ocupa pueda ser fuente de prueba válidamente utilizable a través de otros medios de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia". Y en el mismo sentido se expresó la STS 36/995, de 6-12, ATC 80/2002, de 20-5-, STS 205/98, de 26-10, 127/97, de 14-20).

Asimismo el TC ha estimado como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimiento en rueda anteriores (STS 323/9 y 172/97). Y esta Sala ha declarado también, STS 127/2003, de 5-2, y 1202/2003 de 22-9, que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación (STS 1278/2011, de 29-11).

-Por último en cuanto a la forma en que este reconocimiento fotográfico debe llevarse a cabo, hemos dicho en STS 525/2011, de 18-5, 169/2011, de 22-3; 331/2009, de 18-5, que entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del TC con ese específico alcance meramente investigado, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas concluyentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en un momento en sustento de pretensiones acusatorias.

Evidentemente, dicha diligencia originaria de identificación mediante imágenes fotográficas, debería producirse, dada su innegable transcendencia, con estricto cumplimiento de una serie de requisitos tendentes todos ellos a garantizar la fiabilidad y ausencia de contaminación por influencias externas, voluntarias o involuntarias, que pudieran producirse sobre el criterio expresado por quien lleva a cabo dicha identificación.

En tal sentido, viene requiriéndose que:

- a) la diligencia se lleva a cabo en las dependencias policiales, bajo la responsabilidad de los funcionarios, instructor y secretario, encargados del atestado, que fielmente habrán de documentarle.
- b) se realice mediante la exhibición de un mínimo lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre

sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc...) coincidentes con las ofrecidas inicialmente en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

c) Asimismo que, de ser varias las personas convocadas a identificar , su intervención se produzca independientemente unas u otras, con la necesaria incomunicación entre las, con la lógica finalidad de evitar recíprocas influencias y avalar la apariencia de "aviento" que supondría una posible coincidencia en la identificación por separado. Incluso en este sentido, para evitar más aún posibles interferencias, resulta aconsejable alterar el orden de exhibición de los fotogramas para cada una de esas intervenciones.

d) Por supuesto que quedarán gravemente viciada la diligencia si los funcionarios policiales dirigen a las participantes en la identificación cualquier sugerencia o indicación por leve o sutil que fuera, acerca de la posibilidad de cualquiera de las identidades de los fotografiados.

d) Y, finalmente, de nuevo para evitar toda clase de dudas sobrevenidas, la documentación de la diligencia deberá incorporar al estado la página del álbum exhibido donde se encuentra la fisonomía del identificado con la firma sobre esa imagen, del declarante, así como cuantas manifestaciones de interés (certezas, dudas, reservas, ampliación de datos, etc...) este haya podido expresar al tiempo de llevar a cabo la identificación.

Este proceso se cierra en dos diferentes fases ya de claro carácter procesal y, por ende, con posibilidad de plenos efectos en este ámbito, antes sendos autoridades judiciales: en primer lugar, en nueva "rueda" constituida y practicada con respecto a la norma procesal, ante el juez instructor, y posteriormente la ratificación e interrogatorio contradictorio al respecto en el acto del juicio oral; a presencia del juzgador, a quien ,en definitiva, compete la valoración sobre la credibilidad o el acierto de esa identificación.

2.- Sentencia N°: 283/2013
RECURSO CASACION N°:929/2012
Fecha Sentencia: 26/03/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Identificación fotografía en sede policial no reproducida como diligencia judicial (naturaleza de mera investigación). Insuficiencia de la mera afirmación en juicio oral admitiendo haber intervenido en el previo reconocimiento policial.

SEGUNDO.- Puede reconocerse hoy como pacífica una precisa jurisprudencia acerca de la admisibilidad de las diligencias de identificación de sospechosos de actos delictivos en sede policial. Se recoge ampliamente en la Sentencia de esta Sala 2ª, de fecha 28-3-2012, n° 263/2012, rec. 2235/2011 en la que se cita la

jurisprudencia de esta Sala –por todas STS 994/2007 de 5-12–, de la que cabe recordar que los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia. Puede tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día y que, aunque lícita como línea de investigación, la policía procurará no acudir al reconocimiento fotográfico cuando ya ha sido identificado el sospechoso y, por tanto, se puede realizar directamente a la identificación mediante el procedimiento de la rueda judicial regulado en los arts. 368 y ss.

También cabe citar la doctrina expuesta en la STS 503/2008 de 17 de julio advirtiendo que el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes". Y que los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de Letrado, o en el mismo acto del juicio oral. Pero, incluso con tal previsión, en realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción". Porque la diligencia de reconocimiento ni siquiera puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible.

En similar sentido cabe recordar lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/2005 de 20 de diciembre, que atribuye a esos reconocimientos, policial o judicial, previos al juicio oral, naturaleza de mero medio válido de investigación.

Pero dada la trascendencia que puede trasladar al medio de prueba testifical ya a practicar en el juicio oral, también hemos reiterado la necesidad de que la diligencia previa a dicho juicio se revista de las garantías de credibilidad que señala la ley de enjuiciamiento y hemos ido perfilando en la doctrina jurisprudencial (STS 525/2011, de 18-5, 169/2011, de 22-3; 331/2009, de 18-5). Entre ellas, recordábamos en la antes citada 263/2012, que se realice mediante la exhibición de un mínimo lo más plural posible de clichés fotográficos, integrado por fisonomías que, al menos algunas de ellas, guarden entre sí ciertas semejanzas en sus características físicas (sexo, edad aproximada, raza, etc...) coincidentes con las ofrecidas inicialmente en sus primeras declaraciones, por quien procede a la identificación.

Por otra parte, en la Sentencia de esta Sala 2ª, de fecha 29-5-2012, nº 478/2012, rec. 11834/2011 advertimos de las consecuencias que se derivan en orden a la presunción constitucional de inocencia en el caso de que quien reconoció previamente a un sospechoso como el verdadero autor del hecho delictivo, en el juicio oral no reitera esa identificación. Si en tal caso resta como elemento de

juicio la identificación realizada a medio de fotografía en sede policial, se suscita la cuestión de si la presunción de inocencia puede ser enervada por estimar prueba suficiente lo que la testigo manifestó ante los agentes policiales, y si la asunción de tales declaraciones es compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías.

Recordábamos entonces la insuficiencia de una declaración policial para enervar la presunción que la Constitución establece a favor de la inocencia. Y glosábamos la resolución de la contradicción entre tesis hasta ese momento contrapuestas, que fue zanjada por la STC 68/2010 y por las del TS 603/2010 de 8 de julio, y 1055/2011 de 18 de octubre, abandonando lo acordado por el pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda de 28 de noviembre de 2006.

TERCERO.- La Sala de instancia justifica la enervación de la presunción de inocencia de los acusados en cuanto al hecho de que ellos fueron los que intentaron efectuar o, en su caso, efectuaron, los cobros de los efectos –cheques o pagarés– en las diversas entidades, por considerar que es suficiente al respecto que los testigos D. Iban Toledo, D. Álvaro Villanueva, D. José Pinera, D. Víctor Javier Vega y Doña Beatriz Simarro, identificaran las fotografías que la policía le mostró como correspondientes a las personas que ellos vieron participar en los correspondientes hechos en que tales testigos estuvieron presentes.

Ciertamente la Sala de instancia añade que en el juicio oral ratificaron la identificación policial. Lo que la Sala no expone es por qué considera que tal ratificación ocurrió. Así no expone si lo que los testigos reiteran en el juicio oral es que, nueve años antes, cuando se practicó la diligencia policial, dijeron lo que el atestado dice que dijeron, o si, al tiempo del juicio oral siguen convencidos y manifiestan que las personas que se encuentran presentes en la sesión del mismo, eran las mismas personas que ellos vieron el día de los hechos.

Es más la Sala llega al extremo de no dedicar ni una línea a exponer por qué considera que las declaraciones de dos de esos testigos –Doña Beatriz y D. José Pinera– son suficientes para dar por realizada la identificación, cuando el atestado dejó constancia de que ambos expresaron dudas sobre si la fotografía que indicaban correspondía o no con la persona que ellos vieron en el lugar y momento de los hechos.

Y no podemos compartir la contundencia con que se expresa la Sala de instancia cuando, examinada la grabación del juicio, en uso de la facultad que nos confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, constatamos que algunos testigos –D. Álvaro y D. Víctor– declaran por videoconferencia y no van más allá en su declaración de reconocer la autenticidad de la firma que se les muestra como estampada por ellos en la diligencia de nueve años atrás en sede policial. Lo que no puede equipararse a una afirmación de que la persona de la fotografía la considera como la misma persona que vió en el escenario y tiempo de los hechos. Por lo que esta afirmación no ha venido a ser el resultado de la declaración como medio de prueba, en juicio oral y bajo contradicción.

Ni siquiera el testigo D. Iban afirma algo que vaya mas allá de reconocer que identificó una foto como la de la persona autora del hecho. Lo que no equivale a reiterar persistencia en esa certeza y, menos aún, que algún acusado presente en la vista se corresponda con el fotografiado que identificó.

Sí constatamos en el examen de las actuaciones que: a) cuando la policía procede a la muestra de fotografías a los acusados, ya los consideraba sospechosos en virtud de comunicación de otra unidad policial que fue la que facilitó sus datos de identidad, por lo que todos ellos estaban localizables y podían haber sido sometidos a una rueda de identificación en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal; b) que por ello la identificación fotográfica no era un método de investigación ineludible por no ser el legal todavía posible a falta de determinación de concretos sospechosos; c) que la diligencia se hizo sin mostrar a los testigos al menos una fotografía más de personas semejantes a las mostradas, lo que revestiría la indicación por el testigo de mayor credibilidad; d) que desde luego las personas que estaban siendo así sometidas a investigación, en cuanto no detenidas, no fueron asistidas de Letrado y e) que en más de nueve años de tramitación nunca se llevó a cabo una diligencia de reconocimiento con intermediación judicial y asistencia de Letrado, quizás por las incomodidades que pudiera representar para quien tenía que garantizar su legal práctica.

A tales premisas resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial antes extractada.

Conforme a la misma, la diligencia de reconocimiento fotográfico no era necesaria para iniciar una investigación que permitiera conocer los eventuales sospechosos. Estos ya habían sido determinados policialmente. Por más que por una unidad de Madrid y no por la unidad policial que llevó a cabo el reconocimiento fotográfico. Por lo que aquella diligencia policial se contraponía frontalmente a la previsión legislativa.

Las fotografías exhibidas eran todas de personas ya bajo sospecha, sin añadir la de personas notoriamente ajenas al hecho. Por ello restaban al resultado la credibilidad requerida. El testigo estaba totalmente conducido de suerte que más que una identificación simplemente se le pedía una "confirmación" de la sospecha policial.

En ningún momento se llevó a cabo ¡en nueve años! una diligencia de reconocimiento dirigida por juez imparcial y con asistencia Letrada al reconocido, que hubiera salido al paso de eventuales distorsiones de elementales cautelas como las vulneradas policialmente.

En el juicio oral, con los sospechosos presentes físicamente, ningún acusado los reconoció como partícipes en los hechos. Es decir que los testigos, como medio de prueba, no dieron el resultado que permita tener por enervada la presunción de inocencia. Desde luego la mera ratificación de que en su día efectivamente participaron en la diligencia policial no supone la automática conversión de un medio de investigación en medio de prueba ya que aquella mera afirmación no

equivale al debate sobre el contenido y credibilidad de tal testimonio que justifica la asunción de una declaración policial como declaración en juicio oral.

Y ello porque como dijimos en la citada Sentencia de 29 de mayo de 2012, ante esa ausencia durante el juicio oral de reiteración en la afirmación del testigo solo resta una declaración que no constituye medio de prueba por vertida fuera de la sede en que tal medio se debe producir.

Ciertamente el Tribunal afirma que ha examinado los DNI falsos y estima que las fotografías insertas en ellos coinciden con la de las personas acusadas.

Desde luego no consta que el Tribunal haya puesto de manifiesto a las partes la posibilidad de intervenir en tal reconocimiento o comparación de las personas acusadas con las fotografías. Y aunque el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que el Tribunal examinará por sí mismo las piezas de convicción, aquella comparación excede de tal reconocimiento pues los acusados no son piezas de convicción y lo que hace el Tribunal en la comparación abarca a piezas y a acusados.

Aún cabe añadir que la sentencia no especifica qué acusados, que son cinco, se corresponden con las fotografías en los DNI, que son tres, y que en los hechos probados no se indica en que hechos concretos se intervino un DNI falso y cual era la persona que lo utilizó. De ello se habla ya en sede de fundamentos jurídicos que no es el adecuado a tal efecto.

Pero es que, y es lo más relevante, el Tribunal, no solamente se ahorra hasta la más mínima justificación de su convicción acerca de la identidad de los acusados con las personas representadas por las fotografías, sino que, en todo caso, tal reconocimiento no puede ir más allá, y, en consecuencia no pude acreditar que esas idénticas personas sean las mismas que estaban en el lugar de los hechos el día en que ocurrieron. La credibilidad que merece la convicción del Tribunal en ese particular no puede superar la duda que suscita quien, en mucho más ventajosa situación, como el testigo, no se atreve a hacer esa afirmación.

Por todo ello concluimos que no existe prueba suficiente válidamente obtenida y producida con garantías en juicio oral que permita afirmar la veracidad de la imputación de que los acusados eran las personas que llevaron a cabo los hechos que les imputan.

Mucho menos la afirmación de todos ellos actuaron bajo un proyecto común compartido que autorice a atribuirles a todos la ejecución de todos los actos que se declaran probados. En realidad la sentencia ni siquiera aporta justificación de tal comunidad de decisión criminal, que más da por implícitamente atribuida que por expresamente formulada.

3.- Sentencia N°: 330/2014
RECURSO CASACION N°:1772/2013

Fecha Sentencia: 23/04/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

OCTAVO.- En cualquier caso, la alegación de vulneración del derecho a la presunción constitucional de inocencia en relación con el delito continuado de estafa tampoco tiene fundamento.

Cuestiona el recurrente los reconocimientos fotográficos realizados por la policía por estimar que resultan prueba insuficiente, considerando que se han practicado sin las garantías suficientes, pues en alguno de los casos no consta que se haya mostrado a los testigos más que la fotografía del recurrente, y en otros el testigo no recordaba los hechos cuando acudió a declarar al juicio oral, por lo que no ha podido ratificarse.

Es cierto que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos, no constituye prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al constituir meras actuaciones policiales que sirven para la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindibles porque no hay otra forma de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor o de descartar a otros sospechosos.

Las STS. 16/2014, de 30 de enero, 525/2011 de 8 de junio, 169/2011 de 22 de marzo y 331/2009 de 18 de mayo, señalan que entre las técnicas permitidas a la Policía, como herramienta para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra la del reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con un alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias.

La STS. 16/2014, de 30 de enero, con cita de las sentencias 617/2010 de 24 de junio, 1386/2009 de 30 de diciembre y 503/2008 de 17 de julio, sintetiza la doctrina general sobre la operatividad procesal y eficacia probatoria de los reconocimientos fotográficos policiales, argumentando que "los reconocimientos efectuados en sede policial, o en sede judicial en fase sumarial, bien a través del examen de fotografías o bien mediante ruedas de reconocimiento, son en realidad medios de investigación que permiten, cuando es necesario, determinar la identidad de la persona a la que los testigos imputan la realización del hecho denunciado, y avanzar en el esclarecimiento de los hechos. Solamente alcanzan el nivel de prueba, como regla general, cuando el reconocimiento se ha realizado en sede judicial, con todas las garantías, entre ellas la presencia del Juez, y quien ha realizado el reconocimiento comparece en el juicio oral y ratifica lo antes manifestado o reconoce en el plenario al autor de los hechos, pudiendo ser sometido a interrogatorio cruzado de las partes sobre los hechos que dice haber presenciado y sobre el reconocimiento realizado. Por tanto, el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado

en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes".

En definitiva, para que pueda ser entendida como prueba válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, la diligencia ha de ser reproducida en el juicio oral mediante la ratificación de la víctima o testigo en dicho juicio, a fin de poder ser sometida su declaración a contradicción con oralidad e inmediación, como las garantías constitucionales del proceso exigen. Es esencial, pues, que, siendo posible, la víctima o testigo acudan al plenario para ratificar dicha diligencia ya que, como prueba testifical, es, por su naturaleza, perfectamente reproducible en el acto del juicio oral y debe ser, por tanto, sometida a contraste y contradicción por las partes de forma oral y sin mengua de los derechos de defensa del imputado (STS. 16/2014, de 30 de enero).

NOVENO.- En el caso actual, el recurrente no solo ha sido reconocido una vez sino que le han identificado fotográficamente seis testigos distintos, que en su mayoría han comparecido en el juicio oral y ratificado de forma contradictoria dicho reconocimiento. Incluso en uno de los casos la dependiente del establecimiento, al llamarle la atención que en distintas ocasiones el mismo varón comprase varios teléfonos caros en poco tiempo, fotocopió la tarjeta de crédito y la carta de identidad del citado comprador, que resultaron ser las tarjetas falsificadas que después le fueron ocupadas al recurrente, lo que corrobora una identificación exenta de cualquier duda razonable.

La Sala sentenciadora analiza minuciosamente todas y cada una de dichas identificaciones, poniendo de relieve la concurrencia de una prueba abrumadora.

II.4.- Otras diligencias Probatorias

II.4.1 Exploraciones radiológicas:

1.- AUTO 1380/2012

Nº de Recurso:10526/2012

Fecha Auto: 28/06/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García

Dos son los requisitos necesarios para que la exploración radiológica realizada sin previa información de derechos ni asistencia letrada sea constitucionalmente correcta y apta para ser valorada como prueba de cargo idónea para desvirtuar la presunción de inocencia: a) que la persona explorada no esté detenida, porque si lo estuviere le ampararían los derechos y garantías establecidos en el art. 17.3 CE; y b) que preste libremente su consentimiento para ser examinada por el indicado medio, toda vez que si no lo consintiere y fuere obligada por la fuerza a someterse a la prueba, desde ese mismo momento estaría sufriendo una privación de libertad constitutiva de detención, con independencia de la posible restricción de otros derechos fundamentales que estarían en todo caso, bajo la tutela y salvaguarda de la autoridad judicial. La exploración radiológica, como señala la STS

03/02/2000 estaría legitimada por el consentimiento del interesado por lo que no habría vulneración del derecho a la intimidad, ni tampoco del derecho a la asistencia de letrado, ya que este derecho nace de la situación de detención ex art. 17.3 CE, o de la existencia de la imputación de un delito de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 LECrim. (STS 31-10-06). La reiterada jurisprudencia dictada en resolución de supuestos semejantes hace que el motivo deba ser desestimado, al constar la voluntariedad en la realización de la exploración radiológica y la observancia de las prescripciones que afectan a la dignidad de la persona. (STS 5-7-06).

2.- Sentencia N°: 240/2013
RECURSO CASACION (P) N°:11035/2012 P
Fecha Sentencia: 08/04/2013
Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Formaliza un primer motivo en el que denuncia la vulneración de su derecho a la asistencia letrada al detenido para la prestación de consentimiento en la realización del examen radiológico.

El estudio de la cuestión deducida en el recurso debe partir del análisis de la jurisprudencia sobre esta cuestión. El Tribunal Constitucional, ha declarado que las exploraciones con rayos X no vulneran el derecho a la integridad física de la persona (v. art. 15 C.E. y STC de 11 de marzo de 1996); tales exploraciones, evidentemente, no constituyen ningún trato inhumano o degradante, si son practicadas bajo control médico y con las debidas garantías, extremos aquí no cuestionados. La queja casacional no es por lo tanto la integridad física, ni la intromisión ilegítima, sino el derecho de defensa.

El tema del consentimiento para la práctica de las exploraciones radiológicas de las personas sospechosas ha sido objeto de decisiones jurisprudenciales que fueron unificadas por el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en que se tomó el acuerdo de fecha 5 de febrero de 1999, del siguiente tenor: "cuando una persona –normalmente un viajero que llega a un aeropuerto procedente del extranjero- se somete voluntariamente a una exploración radiológica con el fin de comprobar si es portador de cuerpos extraños en su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos. De ahí que no sea precisa la asistencia de Letrado ni la consiguiente previa declaración con instrucción de sus derechos".

A partir del referido acuerdo, la jurisprudencia ha mantenido el criterio reflejado en el mismo en reiteradas ocasiones (v., ad exemplum, SS TS de 22 de 26 de enero de 2000, 5 de noviembre de 2001 y 17 de noviembre de 2003) que es el que recoge la sentencia impugnada. En esta línea, se dice, en la STS de 22 de diciembre de 1999, que "cuando los funcionarios encargados de la vigilancia fiscal en un aeropuerto privan de libertad deambulatoria a un viajero para comprobar el cumplimiento de la normativa de represión del contrabando actúan las facultades que el ordenamiento dispone para la vigilancia y entre ellas la privación de libertad deambulatoria para la que se carece de indicios racionales de comisión de un hecho delictivo, lo que determinaría la aplicación de los arts. 492 y 520 de la Ley Procesal. En este marco, se solicita el consentimiento a una exploración radiológica cuyo resultado determinará un distinto contenido de la subsiguiente actuación policial. La localización de efectos que pudieran ser constitutivos de un delito, (...), determinará la concurrencia de presupuestos, conforme al art. 492 de la ley procesal, de una detención por razón de delito. Su ausencia, por el contrario, la finalización de la privación de libertad y, en su caso, del procedimiento de represión del contrabando".

No puede ignorarse, recuerda la STS 298/2008, de 26 de mayo, que, para que legalmente pueda acordarse la detención de una persona, es preciso que ésta intentare cometer un delito o que se trate de un delincuente "in fraganti" (v. art. 17.1 C.E. y arts. 489, 490 y 492 LECrim.), o que existen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo en el que haya participado. El supuesto del hecho probado aunque pueda considerarse "detención", como otras privaciones de libertad deambulatoria inherentes a las diligencias de cacheo e identificación de un sospechoso, la diligencia de examen radiológico o los controles de alcoholemia, no es la propia de un delito, a la que corresponden correctas actuaciones sino que la detención está sujeta a su práctica legal, con las debidas cautelas, respetando los principios de necesidad y de proporcionalidad y no están sujetas al régimen de la actuación propia del delito. (v. STC de 18 de noviembre de 1993 y las STS de 2 de febrero y de 23 de diciembre de 1996).

En el caso de la impugnación, el atestado inicial da cuenta de la sospecha policial sobre la llevanza de efectos que no declara y sujetos a control aduanero, el consentimiento del hoy recurrente a la exploración radiológica y, seguidamente, tras dar positivo a la llevanza de sustancias tóxicas, su detención.

Consecuentemente, no hay violación al derecho de defensa y el motivo se desestima, remitiéndonos a la fundamentación de la sentencia sobre este particular en el que se reflejan los hechos en los términos que la jurisprudencia ha declarado.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos de la impugnación tiene un doble apoyo. De una parte se queja de la falta de

motivación de la sentencia en lo atinente a la pretensión deducida de la declaración de concurrencia de una atenuante de confesión, derivada del hecho de consentir el examen radiológico tras admitir que llevaba sustancias tóxicas. De otra, razona sobre la incongruencia omisiva, del art. 851.3, de la Ley procesal, al no dar respuesta a la pretensión deducida sobre la concurrencia de la atenuación.

El motivo se desestima. El fundamento de derecho quinto de la sentencia razona sobre la no concurrencia de la atenuación de confesión y lo hace de acuerdo a pronunciamientos jurisprudenciales de esta Sala que ha considerado que el mero reconocimiento de la llevanza de la droga en un recinto aduanero, o similar, cuando ya es objeto de indagación e investigación, no constituye el presupuesto fáctico de la atenuación que insta. En este sentido la STS 1.054/2010, de 30 de noviembre cuando nos recuerda que la jurisprudencia es reiterada al establecer que tampoco tiene valor atenuante la confesión de la evidencia ya descubierta o que está a punto de descubrirse. Solamente se ha reconocido valor atenuatorio a la confesión o al reconocimiento de los hechos cuando viene acompañado de una aportación relevante que contribuye de modo decisivo a la restauración del orden jurídico alterado por el delito, entendiendo por tal aquella que permita un esclarecimiento de lo sucedido mediante la comunicación a la autoridad de aspectos de importancia aún no conocidos y que no resultaran de descubrimiento inevitable y que, además, se ajuste a la realidad de los hechos según resulte de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. No puede equipararse la confesión "espontánea" (que es lo que quiere premiar el Código Penal al exigir el requisito temporal de que el procedimiento no esté dirigido contra el culpable) con la actitud resignada de quien sabiéndose descubierto no tiene más remedio que plegarse a los requerimientos de agentes de la Fuerza Pública. En el caso el tribunal ha impuesto la pena en su mínima extensión, pese a la cantidad objeto del tráfico, por lo que el motivo carecía de efectos a la penalidad y ha sido tenido en cuenta como criterio de individualización.

II.4.2.- Cuerpo de Escritura

1.- Sentencia N°: 892/2008

RECURSO CASACION (P) N°:10289/2008 P

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 26/12/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

La prueba pericial dactiloscópica respecto al hallazgo de sus huellas en el chalet y la negativa del mismo a realizar un cuerpo de escritura a efectos de la pericial grafológica.

Negativa que puede valorarse por la Sala como un indicio más. Tal como dijimos en la STS. 259/2006 de 6.3 puede justificarse, en principio, tal negativa por el hecho de que podría implicar una autoacusación a lo que tiene derecho a excusarse por el amparo que le presta el art. 24.2 CE. en el que se dispone que nadie está obligado a declarar contra si mismo o a confesarse culpable. Pues bien, se trata de una prueba, realizar un cuerpo de escritura, que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia o de identificación de voz, consideramos que prestarse a realizar un cuerpo de escritura para que sea sometida a contraste con otras que constan ya incorporadas para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga o la persona objeto de "una especial modalidad de pericia" exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.3 CE. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/74 de 4.12, al declarar que la posibilidad ofrecida al inculcado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuera negativo, puede exculpar al imputado (STS. 1332/97 de 3.11).

2.- Sentencia N°: 603/2013

RECURSO CASACION N°:78/2013

Fecha Sentencia: 02/07/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Pero ocurre que la Sala sentenciadora de instancia no ha valorado el referido informe pericial, no porque sus conclusiones no sean determinantes, sino como consecuencia de los defectos insalvables que consigna en la sentencia recurrida que se han padecido en la toma de muestras indubitadas de la letra y firma de la acusada, concluyendo el Tribunal sentenciador que al llevarse a efecto tal cuerpo de escritura ni se informó a la acusada de las consecuencias de dicha diligencia, ni consta siquiera ante qué autoridad se formalizó la prueba de letras y firmas indubitadas, ni la fecha o cualquier otra consideración de tipo procesal relativa a la intervención de fedatario, y para llegar a la conclusión de su nulidad constitucional

se apoya en la Sentencia de esta Sala Casacional, la número 204/2011, de 23 de marzo, en donde se resuelve un caso análogo al aquí enjuiciado.

Hemos comprobado el cuerpo de escritura practicado a Noelia Villullas Marsellach ante el Juzgado de Instrucción número 31 de Barcelona, y el mismo es una sucesión de firmas y cuerpos de escritura, sin mayor acotación ni diligenciado procesal, no exponiéndose ante quién se realiza ni las consecuencias de su no obtención, o la presencia de alguna de las partes en el proceso, simplemente constan, como se ha expuesto, una sucesión de firmas y letras atribuidas a la acusada en un folio sin más consideraciones procesales. Ciertamente, contamos con la providencia judicial fechada en Barcelona, a 25 de mayo de 2009, en donde se ordena la práctica de tal cuerpo de escritura y su remisión posterior a la policía científica para informe, pero sin información alguna acerca de las circunstancias concretas de su práctica, que se encuentran –como exponemos– absolutamente ignoradas en autos. Ésta ha sido la razón de no tener por válida la prueba, y no las conclusiones del informe pericial como parece sostener el Ministerio Fiscal al formalizar el recurso.

Así las cosas, no se ha impugnado directamente esa conclusión argumentativa de la Sala sentenciadora de instancia, ni tampoco ahora podríamos en esta sede casacional, sin audiencia de la acusada, consignar los hechos probados que solicita el Fiscal.

En efecto, en la STS 204/2011, de 23 de marzo de 2011, declarábamos la nulidad de la práctica de un cuerpo de escritura, y por consiguiente, el dictamen del informe pericial correspondiente, por violación del derecho de contradicción, defensa, derecho a no declararse culpable, interdicción de la indefensión, garantizada en el art. 24 de la Constitución, en relación con los art. 456 y ss. de la L.E.Cr. con resultado de indefensión, e infracción de ley por vulneración del art. 11.1 de la LOPJ, al ser nula de pleno derecho la pericial caligráfica citada. Como en este caso, todas las aludidas violaciones de los derechos constitucionales se habrían producido respecto al cuerpo de escritura que realizó la acusada en fase de instrucción de las diligencias previas a requerimiento del juez, y que fue la base del informe pericial caligráfico elaborado por los especialistas del Grupo de Documentoscopia de la Policía Científica.

En el caso citado, el juez requirió de la acusada una actividad personal que podía ser determinante y decisiva para declararla culpable y condenarla. Y ello sin ni siquiera informarle de que podía negarse a realizar esa diligencia. Consideró entonces esta Sala Casacional que se vulneró el derecho de defensa de la acusada, a no declararse culpable y a no declarar contra sí misma, entendiendo el término "declarar" en sentido amplio, pues en la práctica, la confección de la muestra de escritura supuso una prueba de cargo de incuestionable contenido incriminatorio. Y que, en realidad, dijimos que la situación puede, sin forzamiento, equipararse a la toma de muestras de la saliva del sospechoso para someter este fluido a la prueba de ADN, donde la invasión de la integridad corporal es ínfima o nula, no comporta gravamen alguno y, ni siquiera, incomodidad al concernido al consistir en pasar un pequeño hisopo por la cavidad bucal. De cualquier modo, la cuestión sustancial es que en uno y otro caso, el afectado por el requerimiento judicial tiene derecho, como sospechoso o como acusado, a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación y de no facilitar pruebas que pudieran incriminarle (véase STS de 4 de febrero de

2.003, entre otras). Por ello, y en las circunstancias que han quedado consignadas en las que se practicó la diligencia judicial en cuestión, se vulneró el derecho de defensa de la acusada, que debió haber sido previamente informada de sus derechos como tal. O, cuando menos, debió haber sido advertida por el Juez a negarse a elaborar la muestra de escritura que, como se ha dicho, podría a la postre ser prueba directa y esencial de la condena. En este sentido, el art. 391.3º de la LECrim. En consecuencia, al no haberse impugnado este concreto aspecto de la argumentación judicial de la sentencia recurrida, y no pudiendo en esta instancia casacional, sin audiencia de la acusada, incorporar hechos probados que constituyan elementos de incriminación frente a aquélla, se está en el caso de desestimar el motivo formalizado.

II.4.3.- Prueba fonometrica

Sentencia N°: 1332/1997

RECURSO DE CASACIÓN N°:607/1997 P

Fecha Sentencia: 03/11/97

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Martín Pallín

3.- Con todo lo anteriormente expuesto queda superada la barrera protectora de la presunción de inocencia, pero ello no nos exime de abordar un tema esgrimido por la parte recurrente que tiene un especial interés. El acusado rechaza la identificación de su voz, realizada por la policía y por el Tribunal, alegando su falta de conocimientos técnicos y justificando su negativa a realizar la prueba de identidad de las voces, por el hecho de que podría implicar una autoacusación a la que tiene derecho a excusarse por el amparo que le presta el artículo 24.2 de la Constitución en el que se dispone que nadie está obligado a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

Se trata de una prueba que por sus características no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal podemos decir que se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales.

No obstante al tratarse de una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza para determinar si nos encontramos ante una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia consideramos que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste, con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad ya que, como dice el Tribunal Constitucional refiriéndose a la prueba de alcoholemia, se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de "una especial modalidad de pericia" exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida

en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3º y 24.2º de la Constitución. Una prueba de estas características no vulnera la presunción de inocencia y así lo ha puesto de relieve, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Dictamen 8239/79 de 4 de Diciembre al declarar que la posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento que le disculpe no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia, puesto que, si puede parecer evidente que, siendo positivo el resultado de la prueba, puede derivarse una sentencia condenatoria, tampoco lo es menos que este mismo examen, si fuere negativo, puede exculpar al imputado.

4.- La identificación de una voz no pasa necesaria y exclusivamente por la prueba pericial técnica realizada en los laboratorios especializados, ya que nuestro sistema admite que se puedan utilizar otros instrumentos probatorios, quizá menos fiables desde el punto de vista científico pero no exentos de una cierta virtualidad probatoria. Se ha admitido en algunas sentencias de esta Sala la identificación del sospechoso por medio del reconocimiento de la voz efectuada por la víctima del delito y no se descarta la posibilidad de realizar una especie de "rueda de voces" para identificar de entre ellas, la que se atribuye al posible autor del hecho delictivo. La similitud fonética de las voces puede ser apreciada directamente por el Tribunal, como sucede en el caso presente, o ser deducida de la valoración del testimonio de quien ha percibido la voz del sospechoso y la identifica ante la autoridad judicial. La negativa del interesado a practicar la prueba científica no supone, por sí misma, una confesión ficticia pero ello no impide, como sucede en la prueba de la paternidad que el Tribunal pueda utilizar o valerse de otros elementos probatorios que le lleven a la convicción de que la voz, de la que pueden derivarse consecuencias inculpatorias, es de una determinada persona. El imputado dispone de la posibilidad de enervar los efectos incriminatorios derivados de una conversación o expresión grabada en un soporte magnético y si no lo hace deberá someterse a las consecuencias que se deriven de la existencia de otras posibilidades probatorias disponibles en la causa.