

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación núm. 739/2005.

PRESUNCION DE INOCENCIA: ADN: prueba obtenida ilegalmente: inexistencia: análisis y comparación de restos genéticos en una prenda recogida en el lugar de los hechos y que necesariamente debía llevar la persona que los cometió, con las muestras genéticas indubitadas que se obtuvieron de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando se encontraba detenido en dependencias policiales, siendo recogido por la policía: se cuestiona la toma subrepticia derivada del acto voluntario de la expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación.

En la Villa de Madrid, a catorce de octubre de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número 4, instruyó Procedimiento abreviado con el número 95/2002, contra Guillermo y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional (Sección 3ª) que, con fecha 7 de abril de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

El acusado, Guillermo, mayor de edad, sin antecedentes penales, actuando en el ámbito de la llamada lucha callejera o kale-borroka (cuyos fines y objetivos son plenamente coincidentes con los de la banda armada de ETA, a la que complementan intentando con sus acciones amedrentar al conjunto de la sociedad vasca y alterar la paz pública del País Vasco), junto con otros individuos a los que no afecta esta resolución, llevando el rostro cubierto con una camiseta roja a modo de capucha, para evitar ser reconocido y guantes de látex en las manos, sobre las 23,15 horas del día 15 de marzo de 2002, colocó un artefacto explosivo-incendiario en el cajero de la sucursal de la entidad «La Caixa», ubicado en los bajos de un inmueble de viviendas de particulares, sito en la calle Iturgitxi núm. 2 de la localidad de Guecho (Vizcaya).

El artefacto estaba integrado por un sistema de iniciación pirotécnica compuesto por una carga de pólvora de pirotecnia, unida mediante cinta adhesiva plástica de color marrón, a cuatro cartuchos de camping gas de 190 gramos. Una garrafa de plástico de 5 litros de líquido inflamable dejada en el suelo dentro del recinto junto al cajero pero separada del artefacto. La iniciación se produjo mediante un tramo de mecha que llevaba unido al extremo de la misma un propulsor de cohete de pirotecnia.

Una vez que el acusado, junto con los otros dos individuos, accionó el referido sistema explosivo, provocó el estallido de los cartuchos de gas y una fuerte explosión que causó los siguientes destrozos:

Desperfectos de consideración en el recinto de entrada a la sucursal bancaria.

Abatimiento de ventanales y puertas exteriores.

Desprendimientos de techos y luminaria.

Inutilización del aparato de cajero automático.

Estos destrozos fueron tasados en la suma de 17.199,21 euros.

El líquido inflamable de la garrafa, dejado junto al artefacto explosivo, no llegó a arder, lo que evitó que esos daños no fueran tan elevados como los que se proponían.

Tras producirse todo ello, se realizó una inspección ocular por agentes de la Policía Vasca, recogiendo en las cercanías del lugar guantes de látex, un jersey y una camiseta de color rojo, encontrándose en esta última restos genéticos pertenecientes al acusado.

Este hecho fue reivindicado de forma anónima al Diario Gara, fecha 2 de mayo de 2002, publicando la noticia siguiente: «Un comunicante anónimo ha asumido el ataque a una sucursal de La Caixa en Guetxo el 15 de marzo. Situó la acción como respuesta a los arrestos de la Ertzaintza en Guetxo, Durango y Elorrio».

Una vez detenido, Guillermo, el día 24.10.2002, y hallándose en una celda de la sede policial, arrojó un esputo al suelo de la celda antes de salir para el baño, siendo el mismo recogido por el policía que le custodiaba para que se procediera a estudio genético.

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: «Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Guillermo, como responsable penal en concepto de autor material de un delito de daños terroristas, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de disfraz.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el procesado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

PRIMERO Los tres primeros motivos que denuncian la vulneración de derechos fundamentales tienen un denominador común. Todos giran en torno a la ilegalidad de la prueba del ADN, que constituyen el soporte más fuerte de la condena.

1.-La prueba fundamental está constituida por el análisis y comparación de restos genéticos en una prenda recogida en el lugar de los hechos que según todos los informes inmediatos que se reciben llevaba puesta la persona o una de las personas que incendió el cajero automático. La pertenencia de la prenda al acusado no es discutida en el presente recurso que centra su impugnación en la ausencia de garantías en la toma de muestras genéticas indubitadas que se obtienen de los restos de un esputo que el acusado realizó cuando salía de una de las celdas de la Comisaría y que fue recogida por la policía.

Toda la argumentación se centra en torno a la forma en que se realiza la toma de muestras orgánicas al acusado. No parece discutirse la pertenencia de las prendas encontradas en el lugar de los hechos y sobre todo las huellas genéticas que se observan en la camiseta que se usó a modo de pasamontañas para tapar el rostro mientras se ejecutaban los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento.

Suscita, con carácter general, si la huella genética, una vez analizada y codificada, constituye un indicador identificativo no sólo de la persona sino de sus posibles patologías con la consiguiente lesión o deterioro de sus derechos a la intimidad.

Profundizando en argumentos legales, mantiene que los laboratorios de la Ertzainza y los bancos de datos genéticos derivados del ADN, no se ajustan a las previsiones de la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. Reconoce que la Ertzainza regula los protocolos de actuación en estos casos en virtud de una Orden de 2 de septiembre de 2003. No obstante insiste en que la forma de recogida de datos sólo se puede hacer a través de la información facilitada libremente por el interesado, en virtud del derecho de autodeterminación informativa, después de un consentimiento suficientemente informado o, en su caso, en virtud de requerimiento judicial.

En consecuencia, sostiene que se produce el efecto cascada previsto en el artículo 11, 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su opinión el vicio inicial insubsanable, arrastra o acaba con su virtualidad probatoria y su utilización como prueba de cargo. Advierte que los peritos analizarán la prueba que les llega, anonimizada, ya que ignoraban su procedencia y además había sido obtenida subrepticamente.

2.-Como pone de relieve el propio recurrente no nos encontramos ante la obtención de muestras corporales realizada de forma directa sobre el sospechoso, sino ante una toma subreptica derivada de un acto voluntario de expulsión de materia orgánica realizada por el sujeto objeto de investigación, sin intervención de métodos o prácticas incisivas sobre la integridad corporal.

En estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar, en determinados casos, una posible intervención banal y no agresiva. La toma de muestras para el control, se lleva a cabo por razones de puro azar y a la vista de un suceso totalmente imprevisible. Los restos de saliva escupidos se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso pero obtenido de forma totalmente inesperada. El único problema que pudiera suscitarse es el relativo a la demostración de que la muestra había sido producida por el acusado, circunstancia que en absoluto se discute por el propio recurrente, que sólo denuncia la ausencia de intervención judicial.

3.-Las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 363 y 778.3º) regulan, con rango legal, la obtención de muestras biológicas del sospechoso cuando sean necesarias e indispensables para la

determinación de su perfil de ADN, procurando que la necesaria decisión motivada del juez se ajuste a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

4.-El primer aspecto que se denuncia es el relativo a la posible afectación de la intimidad del acusado ya que los perfiles genéticos no sólo sirven para la identificación de personas sino que pueden almacenar datos relativos a la salud que son eminentemente sensibles. No cuestionamos esta alegación que admitimos, con carácter general, por su indudable base científica, pero, **en el caso presente, se obtuvieron solamente para la identificación a través de una muestra aleatoria y con fines de investigación de un delito**. No consta en las actuaciones que el proceso posterior de almacenamiento incluya datos más allá de los necesarios para las labores de investigación policial. En todo caso, si el almacenamiento de datos excesivos e innecesarios perjudica o contraviene la normativa de la Ley de Protección de Datos será competencia de la Agencia de Protección de Datos investigar el fichero y reducirlo a los términos previstos por la Ley. Todo ello para nada afecta a la identificación previa realizada con criterios adecuados, **lo que hace innecesaria la autorización judicial al no suponer invasión corporal alguna**. Es más, la Orden de 2 de septiembre de 2003 del Departamento de Interior Vasco, limita su finalidad a las actividades de policía científica orientadas a relacionar personas con el espacio físico de la infracción penal.

5.-En cuanto a la autodeterminación o «habeas data» informativa creemos que se saca de contexto y no se ajusta a la realidad de lo sucedido en el caso presente. La autodeterminación en la facilitación de los datos es un presupuesto imprescindible que forma parte del derecho fundamental a la libertad y se complementa con otras garantías procesales. Ahora bien, una vez más, hemos de repetir que **la forma en que se recoge la muestra es absolutamente inesperada como pudiera suceder si se encuentra en una colilla, un cepillo de dientes o en un vaso en el que haya bebido el sospechoso**.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectivamente, en su artículo 8, proclama que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal y que sólo podrán ser recogidos mediante su consentimiento o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley.

Si relacionamos este precepto con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se llega a la conclusión de que la salvaguarda de la intimidad permite la injerencia prevista por la Ley o cuando se trate de medidas aceptables en una sociedad democrática para la prevención del delito.

La Ley de 13 de diciembre de 1999 de Protección de Datos excluye de su ámbito de aplicación los ficheros y tratamientos establecidos con fines de investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizada. En todo caso, el hipotético incumplimiento del registro constituye una irregularidad administrativa que en modo alguno supone la vulneración de un derecho fundamental que lleve aparajada la nulidad absoluta del análisis practicado.

La orden de 2 de septiembre de 2003 por la que se regulan los ficheros automatizados de datos personales por el Departamento de Interior del Gobierno Vasco, establece un indiscutible marco de regulación de la recogida de muestras genéticas. De modo impecablemente legal, respeta el principio de autodeterminación de la persona previo consentimiento informado o, en su caso en virtud de requerimiento judicial. Una vez más insistiremos en que todo el protocolo seguido para tomar muestras espontáneas y ajenas a cualquier compulsión personal se ha cumplido de forma escrupulosa.

El recurrente admite que los protocolos de obtención, método de tratamiento de la muestra, clase de análisis realizado e incluso su conservación, se ha ajustado a las previsiones establecidas por orden de la misma unidad policial que actúa. La impugnación de sus resultados sólo era posible sometiendo a una discusión técnico-científica el resultado del análisis y su comparación con la muestra obtenida, en el lugar del delito sobre una prenda que pertenecía a la persona que se vincula directamente con su participación en los hechos delictivos. Esta prueba contradictoria no ha sido solicitada.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal del procesado Guillermo, contra la sentencia dictada el día 7 de abril de 2005 por la Audiencia Nacional (Sección 3ª) en la causa seguida contra el mismo por delito daños

terroristas.