

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 685/2010 de 7 de julio.

RESUMEN

Obtención de ADN. Diferenciación entre la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, y la recogida de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal sobre el imputado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado Central de Instrucción número 3, incoó Procedimiento Abreviado número 26/2002, contra Nicolás y otros y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional (Sección Primera) Rollo de Sala 9/2008 que, con fecha 25 de noviembre de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

Los acusados Nicolás, Romualdo Víctor Manuel y Virgilio, carentes de antecedentes penales, con un claro animo de prestar su apoyo a la banda de terrorismo ETA y colaborando con los fines de la misma mediante técnicas de terrorismo urbano, denominado "*kale borroka*" realizaron, durante el año 2002 y perteneciendo a un grupo de los denominados "Y" de apoyo a las estrategias y fines de dicha organización terrorista los siguientes hechos en la ciudad de Vitoria:

1º) Sobre las 18'53 horas del día 22 de Enero de 2002 y en la sede la sucursal bancaria del Banco Bilbao-Vizcaya Argentaria sita en la C/ Reyes de Navarra numero 33, los acusados Romualdo, Luis Antonio y Nicolás , puestos de común y previo acuerdo, procedieron a verter liquido inflamable, para a continuación arrojar artefactos incendiarios tipo "cóctel molotov", sustancias y artefactos que transportaron hasta dicho lugar, lo cual provoco una deflagración que causo graves desperfectos en dicha oficina, y que han sido tasados en 31.031.70 € (bienes muebles) y 14.979,88 € (daños en el inmueble).

2) El día 25 de Febrero de 2002, los 3 acusados Luis Antonio, Romualdo y Víctor Manuel, puestos de común acuerdo, siendo los 2 primeros trasladados en el vehículo del tercero, sobre las 21 horas arrojaron una mochila que contenía un numero no determinado de artefactos compuestos de una mezcla de gasolina, ácido sulfúrico y ácido clorhídrico -denominados "cócteles molotov" contra los locales de la asesoría "Servigest" ubicados en la Plaza del Marques de la Alameda numero 1 esquina con la C/Cercas Bajas de Vitoria, mochila que transportaron hasta el lugar en el vehículo arriba mencionado.

Como consecuencia del ataque, dichas oficinas se incendiaron, produciéndose daños tasados en 3.083.25 euros, igualmente resultaron afectados 2 vehículos que se encontraban estacionados junto al lugar de los hechos, siendo estos:

a) Seat Ibiza matricula NO.....N propiedad de Urbano, que sufrió desperfectos tasados en 2.580,85€

b) Citroen matricula NE-....-N, propiedad de Nicolasa, vehículo que tuvo danos (sic) pericialmente tasados en 640,29 €

3) Los 3 acusados, Luis Antonio, Víctor Manuel y Romualdo , en la noche del día 21 de abril de 2002 se dirigieron, en el vehículo Ford Fiesta matricula HO-....-HY , conducido por Víctor Manuel a una gasolinera sita en el polígono industrial de Vitoria, lugar en el que compraron una garrafa de 5 litros de gasolina, encaminándose seguidamente a un descampado donde Luis Antonio y Romualdo prepararon un número no determinado de los antes mencionados "cócteles molotov", mientras Víctor Manuel les esperaba en el interior del vehículo.

A continuación, se dirigieron al casco antiguo de la ciudad donde Luis Antonio y Romualdo se bajaron, continuando Víctor Manuel, quien conocía y compartía la acción que los otros dos iban a realizar, hacia su domicilio en el vehículo que conducía. Luis Antonio e Romualdo se dirigieron sobre la 1:30 horas a la C/Arana, lugar en el que se encuentran 2 oficinas de las entidades bancarias Caja Vital-Kutxa y la Caixa, lanzando contra las mismas la gasolina y los artefactos incendiarios mencionados, lo cual produjo un incendio en ambas sucursales que causaron desperfectos tasados pericialmente en 11.455.75€en Caja Vital-Kutxa y 24.675,95€en la Caixa.

Igualmente se produjeron daños mínimos en el vehículo FO.....-.... propiedad de Jacinto, el cual no reclama por dichos desperfectos.

4) Sobre las 21 horas del día 7 de Mayo de 2002, los 4 acusados, Luis Antonio, Víctor Manuel, Romualdo y Virgilio, en unidad de propósito y acción se dirigieron a la C/Federico Baraibar numero 3 de Vitoria con la intención de arrojar "cócteles molotov" contra el cajero de la entidad bancaria Caja Vital-Kutxa.

Para ello, en fechas anteriores no precisadas, el acusado Luis Antonio propuso al acusado Virgilio , en el centro de estudios donde ambos acudían -Instituto Nieves Cano- de la capital alavesa, realizar dicho ataque provistos de artefactos incendiarios que les proporcionaría el acusado Romualdo , quien a su vez, llevaría consigo 1 tarjeta bancaria de la referida entidad para poder acceder al interior utilizando la misma y ello con el fm (sic) de arrojar dichos artefactos dentro de dicha oficina y asegurar, de ese modo, el objetivo pretendido.

El mencionado día 7 de Mayo, los acusados Luis Antonio; Virgilio y Romualdo llegaron al lugar a bordo del vehículo Ford Fiesta matricula HO-....-HY, vehículo en el que transportaban los artefactos incendiarios, y que conducía el también acusado Victor Manuel, quien era perfecto conocedor de los hechos a realizar, y que espero a los otros 3 hasta que realizaron el ataque a la entidad bancaria en las inmediaciones del lugar, concretamente en la C/ Eduardo Velasco.

Luis Antonio, Virgilio y Romualdo intentaron utilizar la tarjeta del cajero, y al no poder acceder al interior, optaron por arrojar los artefactos incendiarios que portaban contra la fachada de la oficina bancaria, huyendo seguidamente en el vehículo que conducía Víctor Manuel y que les estaba esperando. Romualdo se apeo del vehículo en el Paseo de la Zumaquera, continuando los otros 3 acusados su marcha, siendo detenidos por agentes de la Ertzaintza en el cruce de las calle Salvatierrabide con el Portal de Lasarte en el interior del Ford Fiesta mencionado y que resulto ser propiedad de la madre del acusado Víctor Manuel .

Los desperfectos ocasionados en la Oficina de la entidad bancaria Caja Vital han sido tasados en 2.542,42€, habiendo sido dicha cantidad satisfecha por el Consorcio de Compensación de Seguros.

Por los acusados se han satisfecho con antelación a la calibración del juicio oral y a cuenta de las responsabilidades civiles exigidas por la acusación las cantidades siguientes: Virgilio, 2.545,42 €, Víctor Manuel, 14.780,97€, Luis A., 24.482,55 €'.

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a:

1º.- Virgilio, como autor responsable de un delito ya definido de transporte de sustancias explosivo-incendiarias, en concurso ideal con un delito de daños, con aplicación de las atenuantes ordinarias de reparación del daño; analógica de confesión del hecho y de dilaciones indebidas ordinaria, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de prisión, [...].

2º.- Nicolás, como autor responsable de un delito ya definido de transporte de sustancias explosivo- incendiarias, en concurso ideal con un delito de daños y con aplicación de la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas ordinaria, a la pena de CUATRO AÑOS Y UN DIA de prisión, [...].

3º.- Romualdo, como autor responsable de un delito ya definido, continuado de transporte de sustancias explosivo-incendiarias, en concurso ideal con un delito continuado de daños, con la atenuante ordinaria de dilaciones indebidas ordinaria, a la pena de CINCO AÑOS de prisión, [...].

4º.- Luis Antonio, como autor responsable de un delito ya definido, continuado de transporte de sustancias explosivo-incendiarias, en concurso ideal con un delito continuado de daños I, con las atenuantes de reparación del daño; confesión del delito y ordinaria de dilaciones indebidas ordinaria, a la pena de DOS AÑOS de prisión, [...]

5º.- Víctor Manuel, como autor responsable de un delito ya definido, continuado de transporte de sustancias explosivo-incendiarias, en concurso ideal con un delito continuado de daños, con las atenuantes de reparación del daño; confesión del delito y ordinaria de dilaciones indebidas ordinaria, a la pena de DOS AÑOS de prisión, [...].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

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

RECURSO INTERPUESTO POR NICOLÁS:

Los motivos primero y segundo denuncian, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la C.E .

En relación con el acusado Nicolás -condenado por los hechos descritos en el juicio histórico, referidos a la quema de un cajero automático del BBVA en la calle Reyes de Navarra núm. 33, de la ciudad de Vitoria-, sostiene la defensa que su condena se basa con carácter exclusivo en una prueba de ADN. Sin embargo, esta prueba, por su propia naturaleza, no puede ser considerada como suficiente para la condena de una persona como autora de un delito. Se trata de un indicio que ha de ser completado con el conjunto de circunstancias concurrentes y sólo tras un juicio lógico inductivo sólidamente construido -razona la defensa- podrá estimarse desvirtuada la presunción de inocencia. De ahí que cuando la prueba de ADN sea la única existente y sea factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo deberá decantarse por la una solución absolutoria.

A juicio de la defensa -que reconoce la existencia del acuerdo de Pleno no jurisdiccional fechado el 31 de enero de 2006, relativo a la toma de muestras para la práctica de pruebas de ADN-, el hecho de que se halle pendiente una sentencia del Tribunal Constitucional sobre la misma materia y que esté en juego el derecho fundamental a la intimidad, obligaría a exigir una autorización judicial para la obtención de esas muestras. Además, en el presente caso, no se habría respetado la cadena de custodia, existiendo datos que respaldarían la versión del recurrente, pues no se ha podido excluir que "... casualmente o premeditadamente, le robaran la mochila con ropa sudada suya y del Sr. Romualdo en un bar de ambiente abertzale tras jugar un partido de pala" (sic), lo que plantea "... la posibilidad de que los autores de dicho robo y los autores de los hechos que nos ocupan sean los mismos, o por lo menos puedan tener relación entre sí, lo que descarta la participación en los hechos de mi representado".

No tiene razón el recurrente.

Ni la prueba de ADN fue practicada de forma irregular, ni ha sido ésta la única evidencia sobre la que la Audiencia Nacional ha construido el juicio de autoría.

En efecto, el FJ 4º de la sentencia cuestionada razona que la participación del recurrente "... viene acreditada no sólo por el hecho de haber sido perfectamente identificado en cuanto a su persona y su actividad en el testimonio del coacusado Víctor Manuel que manifiesta cómo participa en estos hechos, de cómo le recoge en unión de Romualdo siguiendo el encargo recibido de Luis Antonio, de cómo se dirigen a una gasolinera en el Puente de Trianas, compran cinco litros de gasolina preparan los cócteles molotov y los tiran, sino también por la circunstancia de haberse encontrado su ADN en la manga de camiseta usada como capucha de color gris que había abandonado en las proximidades de la citada sucursal" (sic) .

Las declaraciones de Víctor Manuel ante los agentes de policía (folio 212), ante el Juzgado Central de instrucción núm. 6 (folio 2178) y en el Juzgado Central de instrucción núm. 3 (folio 2558), fueron luego ratificadas en el acto del juicio oral, habiendo sido valoradas por el órgano decisorio, con arreglo a los principios de publicidad e inmediación. La sentencia recurrida pone el acento en la imputación que allí se realiza, refiriéndose inicialmente a " Chapas" y aclarando después el propio Víctor Manuel que el tan " Chapas" no es otro que Nicolás, el ahora recurrente.

El Tribunal a quo no se limita a un análisis ponderado de los elementos de cargo, sino que entra a analizar la versión de descargo ofrecida por el acusado. Éste alegó en el juicio oral -y reitera ahora en el presente motivo- que la mochila que apareció en el lugar de los hechos y de cuyo interior se obtuvieron las muestras para el contraste de ADN, pudo haber sido sustraída en el Bar 7, lugar al que habían acudido después de

haber jugado un partido de pala. Sin embargo, la Sala de instancia califica esta versión como poco creíble, destacando la ausencia de cualquier elemento -ya sean las palas, el calzado deportivo o la camiseta correspondiente- que permitan afirmar la verosimilitud de esa versión alternativa.

Respecto de las posibles irregularidades en la obtención de las muestras de ADN, originadas -según la defensa- por la ausencia de autorización judicial para la recogida de los efectos personales que se hallaban en el interior de la mochila, no existen tales. Y es que la controversia inicial acerca del alcance gramatical de los arts. 326, párrafo 3 y 363, párrafo 2 de la LECrim, ha sido ya resuelta por la jurisprudencia de esta misma Sala y definitivamente clarificada a raíz de la publicación de la LO 10/2007, 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN.

En efecto, el acuerdo del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero 2006, proclamó que "**la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial**". Esta idea fue ratificada por numerosos precedentes, de los que las SSTS 1190/2009, 3 de diciembre, 701/2006, 27 de junio, 949/2006 4 de octubre y 1267/2006, 20 de diciembre, son sólo muestras más que significativas. Esta tesis era plenamente congruente con el art. 126 de la C.E, que impone a la Policía Judicial la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, esto es, le atribuye la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho punible y de su autoría. Y precisamente para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración, como expresamente se recoge en el art. 282 de la LECrim, que faculta a la Policía Judicial para "... recoger los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial". Se trata, en definitiva, de actos de investigación policial que los arts. 282 y 770.3 LECrim atribuyen a la Policial Judicial y que el art 11.1.g de la LO. 2/1986, 13 de marzo, otorga a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Juzgador y al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas.

Esta interpretación jurisprudencial, que buscaba integrar la estricta literalidad de los arts. 326 y 363 de la LECrim con los principios constitucionales que informan nuestro sistema de investigación y enjuiciamiento, se ha visto confirmada por la ya citada LO 10/2007, 8 de octubre. En su Disposición Adicional 3ª -a la que el propio texto adjudica el carácter de ley orgánica- se establece que "... para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito. La toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Este precepto, pese a que deja sin resolver algunas cuestiones todavía pendientes y decididamente abordadas en el derecho comparado, tiene la virtud de clarificar, acogiendo el criterio ya proclamado por esta Sala, el **régimen jurídico de la toma de**

muestras para la obtención del ADN. De acuerdo con su contenido, resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados.

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

b) **Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación** de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

En estos casos, **si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.**

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

En el caso que está siendo objeto de enjuiciamiento, **las muestras de ADN fueron obtenidas por los agentes de la Policía Autonómica Vasca, a partir de los objetos abandonados por los imputados,** operación para la que contaron con la debida autorización judicial, en virtud de auto fechado el día 10 de julio de 2002 . El policía núm. NUM000 ratificó en el plenario el acta de inspección ocular, indicando que, además de la mochila, aparecieron cuatro guantes de látex, dos capuchas y un chubasquero, objetos que fueron remitidos a las dependencias de policía científica y que la obtención de las trazas de ADN correspondientes al recurrente.

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

Descartada, pues, la irregularidad de la prueba de ADN, esta Sala ha podido constatar que el material probatorio sobre el que se ha construido el juicio de autoría es

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

Por cuanto antecede, el motivo referido a la supuesta vulneración del derecho a la presunción de inocencia respecto de Nicolás, ha de ser desestimado por su falta de fundamento (art. 885.1 [LECrim](#)).

[...]

III. FALLO

SENTENCIA

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR al recurso de casación**, interpuesto por las respectivas representaciones legales de Nicolás y Romualdo, contra la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Nacional , en la causa seguida por el delito de transporte de sustancias incendiarias y daños terroristas y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas en la tramitación de sus respectivos recursos.