

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 179/2006 de 14 febrero

RESUMEN

El Tribunal Supremo estima que cuando no es necesaria la intervención corporal para la práctica de análisis de ADN, la recogida de muestras es competencia tanto del Juez como de la Policía, dada su obligación de investigar y descubrir delitos y delincuentes, no siendo necesario el consentimiento del acusado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 instruyó Sumario con el número 10/2002 contra Verónica, Luis Francisco, Isidro y Blas, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, cuya Sala de lo Penal, Sección Cuarta dictó sentencia con fecha once de marzo de dos mil cinco que contiene los siguientes Hechos Probados :

«Aparecen probados y así expresamente se declaran que los procesados Verónica (titular del DNI núm. NUM000, hija de José Ignacio y de Francisca, de 22 años de edad, nacida en Baracaldo el día 3 de julio de 1982), Luis Francisco (titular del DNI núm. NUM001, hijo de José Ignacio y de Francisca, de 22 años de edad, nacido en Baracaldo el día 3 de julio de 1982, y Isidro (titular del DNI núm. NUM002, hijo de Fernando y de María Luisa, de 23 años de edad, nacido en Bilbao el día 19 de mayo de 1981), puestos de común acuerdo y en compañía de otras personas por el momento no identificadas, siguiendo consignas o con intención de coadyuvar a los fines que pretende la organización terrorista ETA, sobre las 22,25 horas del día 10 de febrero de 2002, tras simular un accidente de tráfico, consistente en tumbar un ciclomotor y al lado del mismo una persona caída en posición fetal, en el punto kilométrico 39 de la carretera BI-3723 en el barrio bilbaíno de Buya, obligaron con dicho engaño a que el conductor del autobús núm. 502 de la compañía bilbaína Bilbobus matrícula BI-...-BN que cubría la línea 50 "Buya-San Antón", a que parara el vehículo y tras obligarle a salir del mismo así como al único pasajero que iba en dicho autobús y una vez que éste estaba vacío de personas, procedieron a lanzar artilugios incendiarios de los denominados "cocteles Molotov" en su interior, quedando dicho vehículo totalmente calcinado. Todos los integrantes del grupo, entre seis y ocho personas, iban encapuchados para no ser identificados y tras cometer el hecho abandonaron el lugar por la parte derecha de la carretera, por la que se accede a la llamada presa de Buya, habiendo un túnel que pasa por debajo de la Autopista A-68 en su kilómetro 0 y pasado el túnel a unos 50 metros hay una pequeña explanada en la parte derecha de la calzada, donde los Agentes de la Policía Autónoma Vasca que acudieron inmediatamente de ocurrir los hechos recogieron varias evidencias en núm. de 1 a 10 que fueron remitidas para su examen a la Policía Científica, que posteriormente las analizó y comparó con el ADN de colillas recogidas a los citados procesados llegando a la conclusión de que correspondían a los mismos. Los daños causados por la quema del autobús ascienden según tasación pericial a la cantidad de 56.836,30 Euros. No ha quedado debidamente probado que el procesado Blas haya participado en la quema de este autobús, aunque tiene reconocido la quema de otro autobús en Santutxu, por el que no se sigue este procedimiento».

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

« Fallamos : Que debemos condenar y condenamos a cada uno de los procesados Verónica, Luis Francisco y Isidro como autores criminalmente responsables de:

- A) Un delito de tenencia de aparatos inflamables con finalidad terrorista del art. 574 en relación con el art. 568 del Código Penal, ya definido con la concurrencia de la circunstancia agravante de uso de disfraz del art. 22-2º del Código Penal [...]

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales [...]

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

[...]

TERCERO

Amparado en el art. 5-4 LOPJ, en el correlativo ordinal estiman violado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 CE), al sustentarse los hechos probados en una diligencia probatoria integrada por análisis periciales de ADN extraídos de una colilla arrojada por los recurrentes y contrastados con el ADN de los restos biológicos hallados en algunas prendas recogidas al ocurrir los hechos en lugar próximo a los mismos.

1. El argumento jurídico para entender infringida la Ley procesal en la recogida de muestras encuentra su apoyo en la doctrina que establece la reciente sentencia de esta Sala núm. 501 de 19 de abril de 2005.

Varias son las quejas sobre supuestas irregularidades radicales e insubsanables detectadas en la recogida de muestras y realización de la prueba de ADN.

a) los vestigios biológicos fueron recogidos por la policía sin hallarse plasmados en su atestado.

b) no pueden realizarse en el proceso penal análisis de esta naturaleza hasta que exista una regulación legal suficiente.

c) no existió autorización judicial previa para la realización de la diligencia, cuando es requisito de validez y de eficacia probatoria.

d) no existió consentimiento de los afectados en la recogida y utilización para fines de investigación policial de vestigios o excrecencias (saliva) encontradas en la colilla por ellos arrojada.

e) consecuentemente la prueba carece de total validez y con ello se produce un vacío probatorio, que deja sin justificar la sentencia condenatoria (presunción de inocencia).

2. Sobre la ausencia de consentimiento de los acusados, **ni la autoridad judicial ni la policial que investiga a sus órdenes ha de pedir permiso a un ciudadano para**

cumplir con sus obligaciones. Cosa distinta es que el fluido biológico deba obtenerse de su propio cuerpo o invadiendo otros derechos fundamentales, que haría precisa la autorización judicial.

En el caso de autos **una colilla arrojada por los recurrentes, se convierte en «res nullius» y por ende accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos.**

En el caso que nos ocupa había informe policial escrito sobre la recogida y práctica de la diligencia pericial, como consta en la causa.

El atestado policial se confeccionó tan pronto ocurrieron los hechos y después de practicadas las diligencias inmediatas se procedió por el juzgado al sobreseimiento provisional de la causa, ya que se había comprobado la comisión de un delito, pero se desconocía el autor o autores del mismo.

Fue posteriormente, en las diligencias de investigación que el instructor al sobreseer provisionalmente la causa ordena practicar a la policía, cuando surge este dictamen pericial que provoca la reapertura del proceso. Así pues, atestado existió desde un principio; y sobre la incidencia sobrevenida, apuntando a una prueba incriminatoria de especial relevancia, se comunicó por escrito al juez, entregándole el informe y la pericia realizada, debidamente documentadas.

Tampoco resulta acorde con la estructura y finalidad del proceso penal la afirmación de que en ausencia de regulación legal sobre recogida de vestigios no puedan éstos ser recogidos, analizados y sometidos al dictamen pericial.

Nos hallaríamos ante una prueba pericial legítima de la que pueden servirse tanto las partes acusadoras, como acusadas, sin perjuicio de que merezca mayor o menor credibilidad en atención a las garantías de su práctica, en ausencia de disposiciones legales que la regulen con suficiencia.

3. Análisis separado debe merecer el argumento, que encuentra apoyo jurisprudencial en la sentencia de esta Sala, antes aludida (501/2005), sobre la necesidad de la iniciativa judicial en la práctica de la prueba como condición de licitud o validez de la misma.

Dicha sentencia contiene un argumento central, condicionante del fallo, que asegura su corrección legal. Cuando declara la invalidez de la pericia practicada fue porque faltaban toda clase de garantías en su realización, particularmente porque no se aseguraba la cadena de custodia, si atendemos al desarrollo de la actuación policial. Ante la irregularidad descalificante de la diligencia la causa quedó huérfana de prueba de cargo suficiente para asentar una condena. La sentencia contenía una decisión justa.

Junto a esa idea, con carácter de refuerzo argumental, se realiza en la propia sentencia algunas manifestaciones, exacerbando la intervención judicial para atribuir validez a la práctica de la prueba.

En nuestro panorama legislativo actual quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales.

En el primer caso contamos con el art. 363 LECrim y para el segundo el 326 LECrim, ambos reformados por la Ley Orgánica 15 de 25 de noviembre de 2003.

En el 363, párrafo 2º se dice: «Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

El art. 326, párrafo 3º, se pronuncia en los siguientes términos: «Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquéllas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282».

4. La precitada sentencia 501/2005 ante el raquitismo normativo existente en el momento de ocurrir los hechos ensayó una interpretación posible pero rigurosa, con apoyo en el párrafo 1º del art. 363 LECrim vigente a la sazón, sosteniendo que «sin resolución judicial que ordenara o autorizara la prueba de ADN», nos hallamos ante una prueba irregular, ilícitamente obtenida y por tanto sin ningún valor probatorio.

Es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial.

Pero el supuesto que nos concierne es otro. Será el art. 326 LECrim sistemáticamente incluido dentro de la inspección ocular a practicar en el sumario, el aplicable, en el cual dando por supuesta la intervención del juez, se establece un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de «garantizar la autenticidad» de la recogida de la muestra y posterior análisis.

Pero lo cierto es que después de la reforma de 2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del juez, salvo en supuestos de afectación de derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma.

Ésa ha sido la decisión de la Sala 2ª, del Pleno no jurisdiccional que tuvo lugar el 31 de enero del corriente año que estableció:

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

5. Conforme a tal doctrina resulta que en la recogida de muestras sin necesidad de intervención corporal para la práctica de análisis sobre ADN, conforme al art. 326 LECrim, la competencia la tendrá tanto el juez como la policía, dada su

obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes. Las medidas de garantía para la autenticidad de la diligencia deberán adoptarlas, según el orden preferencial siguiente:

–el juez de instrucción en los casos normales.

–en supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, esta Sala estima oportuno interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos (véase Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado de 13 de marzo de 1986, art. 11.1.g; y Real Decreto de Policía Judicial de 19 de junio de 1987, art. 4º).

Todavía habría que plantearse los supuestos en que sin ordenarlo el juez instructor y sin existir riesgo de que la prueba se pierda o desaparezca, intervenga la policía y conforme a sus protocolos proceda a la recogida y práctica documentada de la diligencia, poniéndola en conocimiento del juez y aportando a la causa sus resultados.

En estos casos nos hallaríamos ante una infracción procesal, que no viciaría de nulidad la diligencia, sin perjuicio de la devaluación garantista de autenticidad provocada por el déficit formal que podría llegar hasta la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía, como fue el caso contemplado por la reseñada sentencia de esta Sala núm. 501 de 19 de abril de 2005.

6. En el caso que nos ocupa, desde el punto de vista procesal se hacía necesaria la intervención de la policía judicial en la práctica de tal diligencia, bajo la autorización tácita o indirecta del juez, que espera resultados positivos de la investigación de una causa provisionalmente sobreseída. Sólo cuando se aporta un indicio de cargo relevante se puede proceder a la reapertura de las diligencias.

La policía, que parte normalmente del peligro o riesgo de pérdida de la muestra o vestigio hallado (art. 236, en relación al 282 LECrim), no puede provocar una revocación del sumario para que el juez controle la práctica de una diligencia que probablemente resulte negativa. La reapertura del sumario sólo podrá producirse ante la existencia de novedades relevantes en el curso de la investigación, en este caso, por resultados analíticos positivos y altamente incriminatorios. La lógica estructural de nuestro sistema procesal todavía legitima más si cabe la recogida policial de la muestra.

7. Trasladando las precedentes observaciones al apartado final del motivo sobre presunción de inocencia, hemos de dejar sentada la corrección procesal de la práctica de la prueba de ADN.

El instructor del sumario había dictado auto de sobreseimiento provisional por falta de autor. La policía autonómica vasca al entregar el atestado, y después de practicadas las primeras diligencias justifica indiciariamente la comisión de uno o varios delitos, quedando pendiente en su cometido o función el descubrimiento del autor o autores de

los mismos. La policía advierte al juez que sigue practicando diligencias, de cuyo resultado positivo le dará oportuna cuenta. Y así fue, ante unos jóvenes sospechosos, se les sigue y en un momento que arrojan una colilla al suelo, se procede a la recogida de la muestra entregándola a la Jefatura de Policía, que la remite a su Laboratorio de genética forense; revelada la «huella genética» resulta coincidente con tres de los perfiles que se detectaron en las capuchas y mangas de jersey halladas junto al lugar de los hechos y que utilizaron los autores del delito para ocultar su identidad.

Todo ello lo hacen en la correspondiente diligencia, por escrito y documentada, procediendo a su entrega al juez, que no advierte ninguna irregularidad y la une a los autos.

A continuación el Instructor requiere a los imputados para que faciliten saliva u otro fluido corporal al objeto de realizar una prueba de contraste, a lo que se niegan, a pesar del poco sacrificio personal que ello suponía. En el juicio oral son citados el policía o policías que practican la recogida y los que realizan los análisis; éstos últimos para la práctica de la prueba pericial correspondiente, junto a los que también intervino otro perito especialista en análisis de este género, propuesto por la defensa, emitiendo el correspondiente parecer en juicio y confirmando los análisis realizados con posibilidad de contradicción de todas las partes procesales.

La Audiencia Nacional, en su sentencia y dentro de la fundamentación jurídica, con el carácter cointegrador del factum, establece y repite para cada uno de los tres procesados, ahora recurrentes, la siguiente frase referida al agente que por orden de la Jefatura policial vigila a los sospechosos: «y al ver que tiraba una colilla de un cigarro que se había fumado... sin ser perdida de vista en ningún momento por dicho agente, recogió la misma, manteniendo las más elementales normas para su no contaminación, entregándola seguidamente a la Jefatura de la Unidad para su traslado a la Unidad de Policía Científica».

En definitiva, garantizada la cadena de custodia, al Tribunal no le ofrece la menor duda que la muestra recogida pertenece a la persona vigilada y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras dubitadas intervenidas en su día.

Consecuentemente, la prueba es válida y eficaz para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo ha de rechazarse.

[...]

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de los procesados Verónica, Luis Francisco y Isidro, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Cuarta, con fecha once de marzo de dos mil cinco, en causa seguida a los mismos por delito terrorismo [...]