

ENTRADA Y REGISTRO. ADN

ÁNGEL MUÑOZ MARÍN
Fiscal

Palabras clave: entradas y registros, recogida de pruebas, prueba pericial, ADN.

ENUNCIADO

Ante las sospechas de que Manuel formara parte de una banda dedicada a practicar robos en domicilios particulares, en los que se utilizaba una gran dosis de violencia, habiendo llegado incluso en uno de los robos a causar la muerte del propietario de la vivienda tras los golpes sufridos por aquél en la cabeza; la Policía Nacional solicita un mandamiento de entrada y registro para el domicilio del referido Manuel. Una vez obtenida la autorización judicial para la entrada en el citado domicilio, y en el curso del registro, la Policía Nacional encuentra en el cubo de basura situado en la cocina del inmueble, diversos pañuelos de papel con restos biológicos de Manuel, los cuales recoge con el fin de obtener de los mismos ADN que comparar con los restos de sangre que se habían encontrado en el domicilio de la persona fallecida. Manuel se negó, asesorado por su letrado, a que se procediera a la toma de saliva para obtención de ADN.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Es válida la recogida de los pañuelos de papel y su posterior obtención de muestras de ADN de los mismos, a fin de su posterior valoración en el acto del juicio oral?
2. ¿Tiene algún efecto a nivel probatorio la denegación de Manuel a la obtención de las muestras de saliva?

SOLUCIÓN

1. En una primera aproximación, y desde la óptica estrictamente legal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) dedica tres artículos a la recogida de restos biológicos como a la toma de muestras de los mismos. El artículo 326 párrafo tercero señala:

«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 aquellas muestras se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 282.»

Por su parte, el artículo 363 párrafo segundo de la LECrim. dice:

«Siempre que concurren 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 racionabilidad». Por su parte, el artículo 778.1.2.º, en el ámbito del Procedimiento Abreviado, señala que: «El juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudieran facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se señale.»

En relación con la primera de las cuestiones planteadas, el artículo 326 en su párrafo tercero parece otorgar la decisión sobre la recogida de restos biológicos y su posterior análisis al juez instructor, actuando tanto la Policía Judicial como el médico forense como delegados suyos en cumplimiento de las directrices marcadas por aquél. Sin embargo, y dentro también de la normativa legal que recoge la ley procesal, el último inciso del referido artículo 326 hace una salvedad a lo establecido en dicho precepto, el referirse a lo establecido en el artículo 282 de la LECrim. Este precepto, que encabeza el Título III del Libro II de la LECrim., referido a la Policía Judicial, señala lo siguiente:

«La Policía Judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial.»

Por lo tanto, una de las facultades y a la par obligación de la Policía Judicial es la recogida de las pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro. Trasladando lo manifestado por el precepto al caso que nos ocupa, la Policía Nacional, ante el descubrimiento en el domicilio de Manuel

de posibles restos biológicos procedentes del mismo y ante el peligro de desaparición, procede a la intervención y recogida de los mismos. Por ello, la actuación de la Policía Nacional está, sin duda, amparada por una norma legal. De cualquier forma, y a mayor abundamiento, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 31 de enero de 2006, acordó que:

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

Se podría alegar que el citado acuerdo del Pleno se refiere a «muestras orgánicas abandonadas», y que tal expresión se podría referir a aquellas que se encuentran abandonadas en lugares públicos (y que mientras permanezcan bajo el poder y dominio de su «propietario» no tienen la condición de abandonadas), y que las que se encontraban en el domicilio de Manuel no eran por tanto «muestras abandonadas». Sin embargo, lo cierto es que la presencia de la Policía Nacional en el domicilio de Manuel lo es como consecuencia de un mandamiento de entrada y registro del Juzgado de Instrucción, y por tanto de conformidad con lo prevenido en el artículo 550 de la LECrim., por lo que al estar amparada la presencia de la Policía Judicial en el domicilio de Manuel por resolución judicial y al amparo de lo establecido en el artículo 282 de la ley procesal, la recogida de dichas muestras, y una vez cumplida la denominada «cadena de custodia», puede ser utilizada como prueba de cargo. Cosa distinta sería que el auto de entrada y registro adoleciera de algún vicio de nulidad, en cuyo caso, todas aquellas pruebas derivadas del mismo serían igualmente nulas y sin capacidad para enervar la presunción de inocencia del en su día acusado. Insistimos en la importancia que tienen dos cuestiones; por una parte, la necesidad de que sea con carácter general el juez de instrucción el que ordene la recogida de las muestras biológicas, y que sólo en el caso de que hubiere peligro de desaparición se procediere por la Policía Judicial a la recogida de las mismas; y, por otra parte, la necesidad de salvaguardar la denominada cadena de custodia en aras de la posibilidad de utilizar las muestras recogidas como prueba en el juicio oral. La Sentencia del Tribunal Supremo 501/2005, de 19 de abril, se refería a esta problemática con la siguiente aseveración:

«Las normas procesales antes referidas imponen al juez la obligación de actuar personalmente en la recogida de esta clase de muestras, cuando se quiere que el acto tenga valor probatorio, obligación que tiene su justificación no en desconfianza alguna hacia la policía, sino en que, salvo las razones de urgencia antes citadas y que en el caso presente no concurrieron, es a la autoridad judicial a quien corresponde la práctica de actuaciones que tienen un verdadero y propio contenido procesal a las que la actuación del secretario como fedatario público (arts. 281 y 473 de la LOPJ) confiere autenticidad documental.

No podemos olvidar, además, que en la práctica de estas pruebas de ADN, tiene particular relieve la toma de la muestra indubitada, de modo que en ese acto procesal queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba y demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuyen, dato esencial para que la muestra obtenida pueda ser considerada, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada. Como ocurre con los cuerpos de escritura que se hacen para la práctica de una prueba pericial caligráfica, los cuales han de realizarse a presencia judicial.»

2. La segunda de las cuestiones planteadas se refiere a los efectos que la negativa de Manuel a someterse a las pruebas de ADN pudiera tener en orden a la valoración conjunta de la prueba. Ya hemos hecho referencia a que el legislador, mediante la modificación efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de Enjuiciamiento Criminal (art. 363), dio cobertura legal a la posibilidad de acordar, por el juez instructor, la toma de muestras biológicas. Tanto el derecho a la integridad física como el derecho a la intimidad (arts. 15 y 18 de la Constitución) pudieran ser en cierta manera violentados con la toma de muestras biológicas, pero tales derechos, que no deben considerarse como absolutos, pueden, en determinadas circunstancias, como es el caso de una investigación criminal, ceder en aras del interés de la sociedad. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo 107/2003, de 4 de febrero, afirmaba que:

«Desde nuestra perspectiva constitucional y jurisprudencial, se ha dicho por esta Sala, que la prueba del ADN no puede ser admitida como válida, cuando la decisión de la intervención no está amparada por una resolución judicial, debidamente razonada y escrupulosamente proporcional a la naturaleza del delito perseguido y a los medios disponibles para la investigación.»

Tampoco se puede entender que la toma de muestras biológicas pueda considerarse como una autoincriminación. El Tribunal Constitucional, si bien no para este concreto caso, pero sí en el caso de las pruebas alcoholométricas, ya las consideró como simples «pruebas periciales de resultado incierto», y que por ello no constituían actos del imputado en orden a reconocer su culpabilidad.

Hechas estas precisiones, y bajo el prisma de que el juez de instrucción, en el caso de que haya razones que lo justifiquen, pueda mediante auto razonado acordar la toma de muestras biológicas, lo cierto es que en el caso que nos ocupa, el supuesto de hecho nos dice que Manuel se negó a que se tomarán muestras de saliva. ¿Cómo puede valorarse dicha negativa? El sistema judicial se rige, entre sus principios más destacados, por el de libre valoración de la prueba, el cual tiene su sustento tanto en el artículo 117.3 de la Constitución como en el artículo 741 de la LECrim. Ello no obsta, sin embargo a que el Tribunal Supremo haya venido delimitando la valoración «en contra de reo» de ciertas conductas del acusado. A título de ejemplo, la negativa a declarar del acusado no puede considerarse como una prueba inculpatoria, ya que la propia Constitución, en su artículo 24, otorga dicho derecho. Se plantea, pues, la tesitura de valorar una negativa de un imputado o acusado a someterse voluntariamente a las pruebas biológicas. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 767.4, ubicado en el Capítulo III del Título I del Libro IV, relativo a los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, y en concreto, bajo la rúbrica de las especialidades en materia de procedimiento y prueba señala que:

«La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios.»

Si observamos el precepto transcrito, sólo en el caso de que la negativa a someterse a las pruebas de paternidad o maternidad vaya acompañada de otros indicios, podrá hacer prueba de la misma.

La LECrim. no cuenta con un precepto similar, si bien el Tribunal Supremo en alguno de sus pronunciamientos se ha ocupado de la materia. La solución más adecuada a los principios constitucionales y a los principios que rigen nuestra ley procesal será la de considerar que la negativa en sí misma de Manuel a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la Policía Judicial no puede ser considerada por sí misma como prueba susceptible de enervar la presunción de inocencia. Pero ello no obsta a que el tribunal pueda valorar dicha negativa en el sentido de ser considerado como un elemento más que pueda en cierta manera respaldar la convicción del tribunal que haya obtenido por medio de otras pruebas o de otros indicios. En tal sentido, no cabría siquiera considerarlo como un verdadero indicio, pero sí podrá ser valorada por el tribunal, razonando en la sentencia el papel que dicha negativa haya podido suponer en la convicción del mismo. Tal argumentación viene avallada por la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo 107/2003, de 4 de febrero, al señalar que:

«Como señala el Ministerio Fiscal, tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 8 de febrero de 1996, Caso Murray) y alguna referencia indirecta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1989 mantienen que, cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir, puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador.»

A raíz de lo expuesto, surgiría otra pregunta: ¿puede negarse Manuel, una vez que se ha acordado por el juez de instrucción mediante resolución motivada, a que se le tomen muestras biológicas para la obtención del ADN?

Se ha venido resaltando que el artículo 363 de la LECrim. resulta un tanto incompleto, ya que no regula cuáles serán los efectos de la negativa de un imputado a que tras la resolución judicial pueda negarse a la toma de muestras biológicas; y si éstas pueden tomarse aun en contra de su voluntad. Para dar respuesta a tal cuestión, habremos de acudir a la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, que en su disposición adicional tercera señala que:

«Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3.º, la Policía Judicial procederá a la toma de 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 LECrim.»

Ello parece indicar que, de conformidad con dicho precepto, se puede proceder con autorización judicial a la toma de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, aun en contra de su voluntad.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 326, 363 y 741.
- Ley 1/2000 (LEC), art. 767.4.
- SSTS 107/2003, de 4 de febrero, y 501/2005, de 19 de abril.