

V. Jurisprudencia Extranjera

1. DERECHO PROCESAL PENAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

FUMAR PUEDE PERJUDICAR GRAVEMENTE SU LIBERTAD. COMENTARIO A LA SENTENCIA Nº 13/2014 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, DE 30 DE ENERO DE 2014

GONZALO J. BASSO

Universidad Autónoma de Madrid

Las etiquetas de los paquetes de tabaco suelen llevar impresa por imposición normativa una leyenda que advierte sobre el carácter nocivo o perjudicial que acarrea su consumo en la salud humana. Así, por ejemplo, el tabaco en España se comercializa con una leyenda que reza *Fumar perjudica gravemente su salud y la de los que están a su alrededor*. Pues bien, a partir del fallo del Tribunal Constitucional español que aquí se comenta (disponible en el sitio web del TCE), quizás también se debería advertir en centros de detención que fumar puede perjudicar gravemente la *libertad*; ello en razón de haberse admitido que las colillas de cigarrillos arrojadas voluntariamente por personas detenidas en dependencias policiales en razón de una determinada causa penal pueden ser utilizadas válidamente como prueba de cargo en otro proceso penal en su contra.

En la sentencia que se comenta, el TCE dispuso denegar el amparo solicitado por don Zigor Blanco Santiesteban. En su recurso de amparo, Blanco Santiesteban había petitionado que se declarara la vulneración de diversos derechos fundamentales en la condena que se le había impuesto como autor de dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y como autor de un delito de daños. Dicha condena fue inicialmente impuesta por la Audiencia Nacional –tribunal del juicio– y luego confirmada por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) –tribunal de casación– mediante sendas sentencias¹. Ambas resoluciones constituyen el objeto impugnado mediante amparo ante el TC (la s).

En el asunto de don Zigor Blanco Santiesteban, la principal controversia jurídica a elucidar consistía en determinar si se había recogido y analizado válidamente una prueba que luego sería, a su vez, determinante para la fundamentación de la condena. En el caso concreto, la problemática se suscitó a raíz de que personal de la policía autonómica vasca recolectara y analizara una colilla de cigarrillo que el demandante de amparo había arrojado voluntariamente en su celda mientras se encontraba detenido en el marco de una causa penal *diferente* a aquélla para la

¹ Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de 30 de noviembre de 2005, dictada en rollo núm. 30-2003; Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, de 4 de octubre de 2006, dictada en resolución del recurso de casación núm. 10203-2006.

que se recogió como prueba dicha colilla. La policía vasca no tenía autorización judicial ni consentimiento para recoger la colilla ni tampoco para proceder luego a analizar la muestra de ADN en ella contenida.

La relevancia adquirida por una simple colilla de cigarrillo consistía en que permitía contrastar el ADN en ella contenido con aquel que, a su vez, se encontraba presente en una prenda de vestir hallada en el lugar de comisión de otros hechos delictivos en los que no había sido posible identificar a sus autores —en razón de la forma de comisión de los hechos²—. Dicha contrastación, al arrojar resultado positivo, permitió entonces vincular al demandante de amparo con la prenda hallada en el lugar de los hechos que se investigaban e imputarlo y condenarlo como autores de los mismos. La muestra de ADN de la colilla de cigarrillo, obtenida y analizada sin intervención judicial ni consentimiento del afectado, se convirtió en una prueba de cargo determinante para fundamentar la condena.

El TC, como ya se anticipó, denegó la solicitud de amparo, declarando la inexistencia de vulneraciones a derechos fundamentales del recurrente y confirmando así las posiciones sustentadas previamente por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo. El recurrente en amparo invocó la vulneración de cuatro derechos fundamentales. Como podrá observarse, la principal controversia jurídica planteada se refería a la validez de la recogida y análisis de la colilla de cigarrillo sin autorización judicial.

En primer lugar, el TC analizó la posible afectación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución de España, en adelante CE). El recurrente había señalado que el recurso de casación resuelto por el TS no había constituido un mecanismo efectivo de revisión de la condena impuesta y que ello vulneraba el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al no haber podido realizar el TS un nuevo examen crítico del material probatorio obrante en la causa. El TC declaró inexistente dicha vulneración, al considerar que dicha norma internacional no debe interpretarse como el derecho a una segunda instancia y que el sistema jurídico español sí permite efectuar un nuevo control ante el órgano de casación a fin de revisar no solo cuestiones jurídicas, sino también cuestiones fácticas vinculadas con la fundamentación de la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de la valoración de la prueba (Fundamento Jurídico 2º).

En segundo lugar, el máximo intérprete constitucional español se refirió a la alegada vulneración del derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art.

² De conformidad a lo probado, el hecho ocurrió en horas de la madrugada y sus autores inutilizaron el alumbrado público y llevaban el rostro tapado (Sentencia TC 13/2014, de 30 de enero de 2014, Antecedentes, Apartado 2.a); Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de 30 de noviembre de 2005 cit., Antecedente de Hecho 1º, Hecho Probado 2º y Fundamento de Derecho 1º y 2º; Sentencia de la Sala de lo Penal del TS, de 4 de octubre de 2006 cit., Antecedente de Hecho 2º y Fundamento Jurídico 7º).

18.1 CE. Dicha vulneración se producía, según el recurrente, por no haber contado la policía autonómica vasca con autorización judicial ni con su consentimiento para extraer el ADN de una muestra biológica obtenida de un cigarrillo arrojado por él en el calabozo donde se hallaba detenido por *otros* hechos. Al respecto, si bien el TC admite la existencia de una injerencia en la intimidad del demandante de amparo, reitera aquí su doctrina en materia de afectación de derechos fundamentales y señala que no basta la mera existencia de una injerencia en los mismos, sino que su vulneración, además, no debe estar justificada constitucional, objetiva y razonablemente.

En el caso concreto, el TC consideró que existía una justificación constitucional, objetiva y razonable de la medida restrictiva adoptada por la policía autonómica vasca, por lo que no podía admitirse la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad reconocido en el 18.1 CE (Fundamento Jurídico 3º). Ello en razón de que, a juicio del TC:

1) existía un fin constitucionalmente legítimo (la investigación de graves hechos delictivos, más específicamente, la averiguación de la persona que había utilizado una prenda hallada en el lugar donde se habían perpetrado graves delitos de asesinatos en grado de tentativa y daños);

2) la medida restrictiva tenía la suficiente cobertura legal requerida en función de su escasa injerencia en el derecho fundamental (arts. 282 y 363 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española –en adelante LECrim– vigente al momento de los hechos, es decir, anterior a la reforma de noviembre de 2003; art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad);

3) si bien la medida se adoptó sin la previa resolución judicial, se obró en un claro caso de urgencia que, tratándose de una injerencia mínima al haberse utilizado la muestra de ADN al solo efecto de la identificación de la persona, “toleraba” prescindir de la autorización judicial que, por otra parte, no constituía una exigencia constitucional ni legal directa en el ámbito del derecho a la intimidad; además, argumenta el TC que la prueba realizada podía volver a realizarse con autorización judicial por no revestir la misma carácter irrepetible, y

4) se respetaron las exigencias de proporcionalidad derivadas de la doctrina del TC en la materia, siendo la medida restrictiva del derecho fundamental a la intimidad adecuada (puesto que era conducente para conseguir el objetivo propuesto), necesaria (no existía otra medida de igual eficacia y menos restrictiva para el derecho fundamental en cuestión) y proporcionada en sentido estricto (por derivarse de ella más beneficios para el interés general que perjuicios para otros bienes o valores en conflicto)³.

³ Un desarrollo detenido de la doctrina del TC en materia de proporcionalidad no puede realizarse aquí. A tal fin, puede resultar de utilidad la consulta de, entre otras, las Sentencias

En cuanto al tercer motivo alegado por el demandante, el TC declaró la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la autonomía informativa del art. 18.4 CE. Ello, en razón de que el perfil de ADN solo se obtuvo con efecto identificativo neutral y de que no se produjo la identificación del afectado como consecuencia de que su perfil genético estuviese ya incorporado en una base de datos de personas sospechosas, sino que la misma se derivó del cotejo de la muestra tomada de la colilla de cigarrillo con muestras de ADN que pertenecían a personas desconocidas, pero obtenidas en el lugar donde se habían cometido graves delitos. Además, el TC sostuvo que de haberse producido la incorporación de los datos de la muestra de ADN en una base de datos, dicha actuación no tenía incidencia alguna en el acto del poder público frente al cual se había recurrido en amparo (Fundamento Jurídico 4º).

Finalmente, respecto al último motivo de amparo alegado, consistente en la vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el TC sostuvo también que no existía afectación alguna. Para llegar a dicha conclusión, señaló que, por un lado, al no existir prueba ilícita, no podía considerarse que el afectado hubiese sido condenado sin prueba de cargo válida; por otro lado, el TC indicó también que la prueba indiciaria existente en el caso podía, de conformidad a la jurisprudencia constitucional, sustentar un pronunciamiento condenatorio sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que —como acontecía en el caso— los hechos bases o indicios estuviesen plenamente probados, que de ellos se dedujeran los hechos delictivos y que fuese controlable la razonabilidad de la inferencia a partir de la explicitación de los hechos acreditados y del razonamiento efectuado por el tribunal de juicio y del respeto a las reglas del criterio humano o de la experiencia común (Fundamentos Jurídicos 5º y 6º).

El TC señaló que la inferencia realizada por los órganos judiciales respecto a la participación en los hechos del demandante constituía una conclusión razonable y ajustada a las reglas de la lógica y de la experiencia. Se sostuvo que la aparición de la huella genética en el lugar de los hechos constituía prueba directa y no un mero indicio del contacto que tuvo el recurrente con la prenda hallada en el lugar de los hechos. En razón de ello, y ante la simple negación por parte del afectado de haber estado presente en el lugar del hecho al suceder el crimen, el TC afirmó la plena validez de la inferencia judicial de la participación de don Zigor Blanco Santiesteban en los hechos investigados, ya que si bien la inexistencia o la inconsistencia de un relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo —so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba—, sí puede servir

TC 60/2010, de 7 de octubre; 55/1996, de 28 de marzo; 136/1999, de 20 de julio; 161/1997, de 2 de octubre.

como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (Fundamentos Jurídicos 5° y 6°).

La resolución reseñada precedentemente resulta criticable en diversos aspectos, tal como ha sido puesto de relieve por la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular. No caben dudas respecto a que nos encontramos en el ámbito de un derecho fundamental tutelado constitucionalmente, como lo es el derecho a la intimidad. Tampoco se ha cuestionado en el caso planteado que haya una afectación a dicho derecho: aunque ello se minimiza en exceso, la injerencia se reconoce abiertamente. Sin embargo, conviene puntualizar con claridad que, a diferencia de lo sostenido por el TC, la sola finalidad de utilizar la muestra de ADN a los fines meramente identificativos constituye por sí misma una afectación del derecho a la intimidad que, en el caso concreto, genera importantes consecuencias prácticas para el afectado que no deben ser menospreciadas⁴.

También se desprende con claridad que los derechos fundamentales pueden ser restringidos en determinadas condiciones por no ostentar carácter ilimitado, siempre que su restricción esté justificada constitucional, objetiva y razonablemente. Es en el terreno de la justificación de la restricción a la intimidad en donde el fallo merece los mayores reparos.

En términos generales, la investigación de hechos delictivos y de sus presuntos autores y partícipes constituye un fin constitucionalmente legítimo y, por tanto, la injerencia en derechos fundamentales puede estar justificada cuando así lo exija dicho fin. Sin embargo, al introducirnos en el terreno de los casos concretos ello puede requerir matizaciones importantes.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la prueba determinante para la condena se obtuvo mientras el afectado estaba detenido en dependencia policial en el marco de *otra causa*; ello, cuanto menos, ya despierta dudas respecto a la legitimidad del *hallazgo*. También parece que más que adoptar una medida urgente al amparo de las atribuciones de la policía para investigar delitos, lo que se hizo en el caso concreto fue desplazar la investigación penal que debe realizar un juez de instrucción y adoptar una auténtica medida investigativa de carácter puramente policial sin dar el debido aviso inmediato al órgano judicial instructor.

Además, resulta contradictorio otorgar efectos de prueba válida para condenar a aquellos elementos intencionalmente buscados y encontrados en el marco de otra causa; las dudas sobre la legitimidad de tal proceder aumentan considerablemente cuando de lo que se trata es de admitir la validez de la prueba que pueda llegar

⁴ Voto particular contenido en la Sentencia TC 13/2014 cit., en el que se efectúa una remisión a lo expresado en el voto particular de la misma magistrada redactado en la Sentencia TC 199/2013, de 5 de diciembre. Cabe señalar que en ambas sentencias, el voto particular de la magistrada Asua Batarrita contó con la adhesión del voto del magistrado Luis Ignacio Ortega Álvarez.

a erigirse en la principal –sino en la única– para fundamentar la inferencia de la autoría del hecho por parte del imputado⁵.

Dejando de lado la finalidad de investigación de los delitos y sus posibles límites; corresponde referirse a otros aspectos vinculados con la doctrina de tutela del derecho fundamental a la intimidad que aplica el máximo intérprete constitucional. En este campo, la sentencia realiza –en términos generales– una peligrosa flexibilización de su propia jurisprudencia⁶. La minimización de la magnitud de la afectación del derecho fundamental conduce a que el principio general establecido por el TC de que la limitación del derecho a la intimidad se realice mediante *medidas legalmente previstas y ordenadas judicialmente* (salvo en supuestos de urgencia acreditada en los que podrá procederse sin autorización judicial) pase a entenderse de forma sustancialmente menos estricta⁷; así, en el caso examinado, hubo una discutible suficiencia de cobertura legal y una más que dudosa urgencia sobre la que, cuanto menos en la propia sentencia, poco se ha dicho para justificarla y tenerla por acreditada.

Dicha debilitación en la configuración del ámbito constitucional del derecho a la intimidad ha contribuido a que los contornos de lo permitido y de lo prohibido se desdibujen de manera alarmante y de que el TC haya pretendido justificar su afirmación de que la colilla de cigarrillo no requería de autorización judicial ni para su recogida ni para su análisis. Así, respecto a la exigencia de suficiente cobertura legal, considero que no es de recibo interpretar que la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales pueda sustentarse en normas que se limitan a regular en términos amplios las atribuciones generales de la policía en materia de investigación de delitos⁸. Apostar por dicha interpretación deja de tener en cuenta las limitaciones jurídicas existentes en materia de derechos fundamentales que deben ser respetadas para la consecución de finalidades constitucionalmente legítimas.

Quizás una interpretación más ajustada a la legitimidad constitucional requería haber asimilado –cuanto menos en lo que al análisis de la muestra de ADN

⁵ Quizás lo aquí analizado pueda relacionarse con los supuestos de hallazgo casual, a los fines de efectuar una valoración uniforme. Al respecto, puede consultarse la Sentencia de la Sala Primera TC 41/1998, de 24 de febrero, Fundamento Jurídico 33. La referida doctrina exige que el hallazgo de elementos probatorios que puedan originar la iniciación de una nueva causa deben haberse producido de forma fortuita o incidental (es decir, de manera no buscada) y sin vulneración de derechos fundamentales para poder ser válidamente tomados en cuenta.

⁶ Flexibilización ya producida también, por ejemplo, en la Sentencia TC 199/2013 cit.

⁷ En el mismo sentido, puede consultarse el voto particular de la magistrada Asua Batarrita, Sentencia 13/2014 cit., con remisión al voto particular emitido en la Sentencia TC 199/2013 cit.

⁸ *Ibidem*. Al respecto, véase también GIMENO SENDRA, Vicente, Manual de Derecho Procesal Penal, (Madrid, 2010), pp. 239-240.

recogida se refiere— el supuesto de práctica de una prueba pericial (no regulada en el momento de suceder los hechos) al supuesto de prueba de análisis químico (contemplado expresamente en el art. 363 LECrim, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley Orgánica N° 15/2003, de 25 de noviembre)⁹.

La afectación de la regla general de necesaria autorización judicial cuando la medida restrinja derechos fundamentales a partir de la generosa amplitud con que se define la cobertura legal que habilita el dictado de la medida por la policía constituye una de las cuestiones que erosiona la tutela del derecho fundamental a la intimidad. Como ya se mencionó anteriormente, contribuye también a dicha erosión la simple afirmación de la existencia de urgencia que tolera la ausencia de autorización judicial; el TC no ha indicado en qué debe consistir ni qué requisitos debe reunir dicha urgencia para permitir omitir la autorización judicial.

Finalmente, en cuanto al análisis de proporcionalidad, es menester señalar que el razonamiento del TC ha sido sumamente escueto y se ha limitado principalmente a indicar la doctrina creada por su propia jurisprudencia; quizás hubiese sido deseable que se justificara con mayor detalle por qué se consideró que el proceder policial fue necesario y estrictamente proporcionado.

La jurisprudencia reciente del TC¹⁰ revela que en materia de tutela del derecho fundamental a la intimidad se va transitando un camino de controvertida legitimidad constitucional al interpretarse restrictivamente las garantías y flexibilizarse la propia doctrina constitucional al momento de su aplicación al caso concreto.

El proceder que refleja la sentencia conduce a rebajar el estándar de tutela constitucional del derecho fundamental concretamente afectado y produce una suerte de generalización de aquello que, en realidad, debería continuar siendo excepcional. Quizás ello nos resulte sorprendente. Sin embargo, encontrándonos frente a casos de violencia callejera cometidos por grupos armados en el ámbito de delitos de terrorismo, pareciera que estamos ante un ejemplo más de lo que desde hace tiempo se conoce como derecho penal del enemigo¹¹, en el cual la flexibilización de las garantías procesales del individuo —desafortunadamente— ha constituido una característica esencial desde sus inicios.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Sentencia TC 199/2013 cit.; Sentencia TC 13/2014 cit.

¹¹ Al respecto, sobre dicho carácter del derecho penal del enemigo, pueden consultarse: CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿“Derecho penal” del enemigo?, en JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 1ª edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp. 90-91; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Política Criminal en la Encrucijada*, Colección: Estudios y Debates en Derecho Penal, N° 3, dirigida por Jesús María Silva Sánchez, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, p. 183.