



Roj: **STS 6158/2005 - ECLI:ES:TS:2005:6158**

Id Cendoj: **28079120012005101290**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2005**

Nº de Recurso: **739/2005**

Nº de Resolución: **1311/2005**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

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

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el procesado Guillermo , contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional (Sección 3ª), que lo condenó por delito de daños terroristas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando el procesado recurrente representado por el Procurador Sr. Cuevas Rivas. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

I. ANTECEDENTES

1.- 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 nº 2 de la localidad de Guecho (Vizcaya).

El artefacto estaba integrado por un sistema de iniciación pirotécnica compuesto por una carga de pólvora de piroctenia, 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 piroctenia.

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.

2.- 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, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, privación del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por seis años más, y al pago de las costas del juicio; debiendo indemnizar a la entidad bancaria "La Caixa", en la suma de 17.199,21 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes, indicándoles que la misma no es firme al haber contra ella la interposición de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, previa preparación del mismo ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación.

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

4.- La representación del procesado, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al resultar lesionado el art. 18. 1 de la Constitución , concretamente el derecho a la intimidad.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 5. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , al resultar lesionado el art. 18. 4 de la Constitución , concretamente el derecho a la autodeterminación informativa.

TERCERO.- Al amparo del artículo 5. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por entender que se ha vulnerado el precepto constitucional establecido en el art. 24. 2 de la Constitución española , relativo a la presunción de inocencia, al haberse considerado al Sr. Guillermo autor de un delito del art. 266 en relación con el art. 577 del Código Penal .

CUARTO.- Al amparo del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por inaplicación indebida del art. 266 del Código Penal .

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 2 de Agosto de 2005, evacuando el trámite que se le confirió, y por la razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por Providencia de 30 de Septiembre de 2005 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 10 de Octubre de 2005.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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 esta constituida por el análisis y comparación de restos genéticos en un 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 fué 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 solo 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 analizaran la prueba que les llega, anonimizada, ya que ignoraban su procedencia y además había sido obtenida subrepticiamente.

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 subrepticia 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 solo 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

SEGUNDO .- El motivo cuarto se canaliza por la vía del error de derecho por indebida aplicación de la pena.

1.- Solicita que, por la aplicación conjunta de los artículos 577 y 266 del Código Penal , la pena a imponer sería la de 1 a 3 años de prisión y no los seis por los que se le ha condenado.

2.- En realidad nada se argumenta sobre este punto, por lo que analizaremos lo que se dice en la sentencia recurrida. El tribunal razona que la pena es la del artículo 266 en su mitad superior según dispone el artículo 577 del Código Penal . La sentencia se aparta de las peticiones del Ministerio Fiscal que calificaba los hechos de manera diferente. Sin mayores razonamientos, tanto en los Fundamentos jurídicos como en la Parte dispositiva, limita la calificación de los hechos a un delito del artículo 577 en relación con el 266 del Código Penal , sin hacer referencia alguna al artículo 578 que abría la posibilidad de imponer una pena de prisión de cuatro a ocho años. Esta omisión insalvable, nos obliga a examinar la pena adecuada, combinando los preceptos del artículo 577 y 266 del Código Penal .

El artículo 266 que es el que sirve para regular la pena en su mitad superior, según la remisión que hace el artículo 577, tiene cuatro apartados. En el apartado primero establece una pena básica de prisión de uno a tres años por los daños causados mediante incendio o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas. El apartado segundo permite una pena de tres a cinco años y multa de 12 a 24 meses cuando se trata de los daños previstos en el artículo 264. La simple lectura del artículo 264 nos lleva a la conclusión evidente de que los daños que son objeto de la presente causa no pueden ser encajados en dicho precepto. El artículo 266.3º prevee una pena de cuatro a ocho años cuando los daños estén comprendidos en los artículos 265, 223 y 560 del Código Penal . Realizando de nuevo la lectura de los citados preceptos se comprueba que hacen referencia a daños causados en material de las Fuerzas Armadas o de Cuerpos de Seguridad del Estado, bienes de carácter histórico, artístico, científico, cultural o arqueológico y, finalmente, a los daños en líneas de telecomunicaciones, vías férreas o suministros de servicios básicos.

La única remisión posible es la que se contempla a la última línea del artículo 266 al conectar la pena con el artículo 571 del Código Penal cuando, como sucede en el caso presente, se ha puesto en peligro la vida y la integridad física de las personas, aunque por la entidad del mismo y las demás circunstancias, la pena se puede imponer en el grado inferior, lo que permite abarcar los seis años de prisión impuestos.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado

III. 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 de





terroristas. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. José Antonio Martín Pallín D. Andrés Martínez Arrieta D. Luis-Román Puerta Luis

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Martín Pallín , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

