

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 216** *Pleno. Sentencia 199/2013, de 5 de diciembre de 2013. Recurso de amparo 9530-2005. Promovido por don Orkatz Gallastegi Sodupe respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que le condenaron por un delito de daños terroristas. Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos personales, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y legalidad penal: consideración como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 9530-2005, promovido por don Orkatz Gallastegi Sodupe, representado por el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas y asistido por el Letrado don Alfonso Zenón Castro, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 1311-2005, de 14 de octubre, que desestima el recurso de casación núm. 739-2005 P interpuesto contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2005, dictada en el rollo de Sala núm. 10-2004 correspondiente al procedimiento abreviado núm. 95-2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 26 de diciembre de 2005 el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, en nombre y representación de don Orkatz Gallastegi Sodupe, representación que acredita mediante la presentación de la correspondiente escritura de poder con fecha 2 de febrero de 2006, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. La demanda de amparo tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Sentencia de 7 de abril de 2005, en el rollo de Sala núm. 10-2004, por la que condenaba al recurrente, como autor de un delito de daños terroristas de los arts. 577 y 266 del Código penal (CP), 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, pago de las costas del juicio e indemnización civil a favor de la entidad perjudicada por los daños y perjuicios sufridos.

Según los hechos probados, el recurrente, actuando en el ámbito de la llamada violencia callejera, junto a 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 de la localidad de Getxo (Bizkaia), originando con esta acción diversos desperfectos en la estructura e instalaciones de dicha sucursal, que fueron tasados en la suma de 17.199,21 euros.

Según los fundamentos jurídicos de esta resolución, la principal prueba incriminatoria contra el recurrente, al negar éste su participación en los hechos de referencia, había consistido en una prueba pericial sobre ácido desoxirribonucleico (ADN) debidamente ratificada en el juicio oral por los peritos que la practicaron, de la que se desprendía la coincidencia de su perfil genérico, obtenido éste a partir de un esputo que había arrojado al suelo en una celda policial tras ser detenido el 24 de octubre de 2002, con los restos biológicos hallados en una prenda encontrada en las cercanías del lugar donde tuvo lugar el suceso, en concreto una camiseta de color rojo.

b) Interpuesto recurso de casación por el condenado, en el que invocaba la lesión del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa (art. 18.1 y 4 CE), del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haberse tenido en cuenta para su condena la prueba pericial de ADN introducida en la causa sin las necesarias garantías constitucionales, y del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por la indebida aplicación por el órgano judicial de los arts. 577 y 266 CP, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó Sentencia núm. 739/2005P, de 14 de octubre, por la que se desestimaba el recurso presentado, confirmándose así el pronunciamiento condenatorio de instancia respecto del recurrente.

3. a) Se invoca en primer lugar como vulnerado el art. 14 CE al haberse producido una desigualdad en la aplicación de la ley, derivada de la circunstancia de que la misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en un caso análogo referente al mismo recurrente, aunque por unos hechos distintos, había llegado a otra conclusión, revocando la condena que le había sido impuesta por una Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (también de la Sección Tercera). Se trata de la STS 501/2005, de 19 de abril, en la que el órgano de casación entendió que se había lesionado el derecho a la presunción de inocencia del Sr. Orkatz porque «la prueba pericial de ADN (prueba determinante para la condena en base a unas prendas encontradas en el lugar de los hechos) no se ha practicado con las debidas garantías pues no ha contado con la debida intervención judicial, ni con resolución motivada del Juez y no se documentó por la policía en acta alguna la recogida de vestigios biológicos del detenido». Por el contrario, en la Sentencia del Tribunal Supremo ahora impugnada (núm. 1311/2005) «no se da una explicación razonable del cambio de criterio», reseñándose tan sólo que no es precisa la intervención judicial para la recogida de restos biológicos del recurrente para la determinación de su perfil de ADN porque el caso ahora analizado hace referencia a «un acto voluntario de expulsión de materia orgánica» realizado por este.

b) Por otra parte, se habría infringido el derecho a la intimidad personal del recurrente (art. 18.1 CE) porque el análisis de su perfil genético se había realizado por la policía autonómica sin ningún tipo de autorización judicial. Así, se había recogido por un agente un esputo del suelo de la celda en que se encontraba en comisaría con fecha 24 de octubre de 2002, confrontándose con los restos genéticos encontrados en una camiseta utilizada cuando ocurrieron los hechos el 15 de marzo de 2002, dando un resultado positivo. Tal análisis, pese a no suponer una intervención corporal, habría precisado de autorización judicial pues es evidente que el mismo afecta a este derecho fundamental al revelar datos sensibles e íntimos de la persona, por lo que su práctica debió estar rodeada de esta garantía para tener así seguridad de que las personas que lo realizan no se exceden en su cometido y evitar que haya abusos o cesión de datos a terceros no autorizados.

Dentro de este motivo alega el demandante la infracción de la garantía prevista en el art. 18.4 CE, sobre el derecho a la «autodeterminación informativa», por cuanto la Ertzaintza había procedido a incluir en una base de datos informatizada sus datos personales «sin ningún tipo de control administrativo ni de otro orden, sin que se sepa quién o quiénes tienen acceso a esos datos ni quién o quiénes son sus responsables, ni se esos datos personales (perfil de ADN) va a ser utilizados para otros fines o durante cuánto tiempo se conservarán y si podrán ser utilizados en futuros procedimientos penales». Se habría así actuado por dicha policía autonómica al margen de la normativa vigente, en concreto la Ley Orgánica 18/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, encontrándonos «ante un tratamiento de datos de carácter personal realizado sin ningún tipo de garantías y sin atenerse a lo preceptuado en la legislación mencionada que le es de aplicación».

c) Se invoca también la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al no existir prueba de cargo suficiente, practicada con las debidas garantías, para la condena del recurrente por el expresado tipo penal. En efecto, esta se basa en la supuesta coincidencia del ADN del imputado con los restos biológicos hallados en una prenda encontrada en las cercanías del lugar donde se produjeron los hechos. No obstante, como se deduce de lo anteriormente expuesto, no puede tomarse en consideración a los expresados fines porque se trata de una prueba ilícita, al haberse obtenido con vulneración de derechos fundamentales, resultando que las demás derivadas también han de reputarse ilícitas por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Además, desde esta perspectiva de la presunción de inocencia, se reseña en la demanda que «se da una falta absoluta de intervención judicial en la toma de la muestra indubitada» (esputo arrojado en la celda policial), siendo así que cuando se quiere que esta toma de muestras tenga carácter probatorio ha de intervenir un Juez. El análisis practicado, por otra parte, lo es sobre «muestras biológicas de mi representado obtenidas y conservadas subrepticamente», que se recogen, no por un médico forense, sino por un policía sin ninguna preparación al respecto. Finalmente, «no se documenta en el acta la recogida de la muestra ni la cadena de custodia de la misma», por lo que no se puede asegurar que ésta pertenezca al acusado.

d) Como cuarto motivo se alega en la demanda la lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal (arts. 24.1 y 25.1 CE) al haberse impuesto al acusado una pena superior a la legalmente establecida. En este sentido se razona que la Audiencia Nacional condenó al recurrente a una pena de seis años de prisión por un delito de daños previsto en el art. 266 CP, sin especificar en cuál de sus cuatro apartados se integraba su acción (números 1 a 4), en relación con el art. 577 del mismo texto legal (delitos de terrorismo). Esta pena ha sido confirmada por el órgano de casación. No obstante, «la única pena posible a imponer es la que marca el art. 266, 1, que es de uno a tres años de prisión, en su mitad superior si se quiere por la aplicación del apartado 4 y del art. 577, pero nunca se podía imponer una pena superior a tres años».

4. Una vez solventados por el recurrente los defectos de carácter subsanable observados en la demanda (que fueron recordados al recurrente por diligencias de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de 19 de enero y 9 de febrero de 2006 y cumplimentados por aquel), por providencia de la expresada Sala de este Tribunal de 3 de marzo de 2009 se acordó admitir a trámite la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), interesar de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de Sala núm. 10-2004 y recurso de casación núm. 739-2005 P, respectivamente. También se acordó se procediera al emplazamiento de quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Habiéndose solicitado por otrosí en la demanda la suspensión de la ejecución de la Sentencia condenatoria, por providencia de la misma fecha la Sala Segunda acordó

formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC, conceda un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con dicha pretensión. Presentadas estas alegaciones por las partes, la Sala dictó Auto de 14 de febrero de 2011 por el que se acordó denegar la suspensión solicitada, respecto de la pena de prisión porque la medida interesada había perdido objeto al haber sido ya cumplida dicha pena y respecto del resto de los pronunciamientos de la Sentencia por ser estos de contenido económico, no causando por ello su ejecución un perjuicio irreparable al obligado al pago.

6. Una vez recibidos los testimonios solicitados a los órganos judiciales, por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de 25 de febrero de 2011 se acordó, según lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que presentaran las alegaciones que a sus respectivos derechos convinieran.

7. La representación procesal del recurrente evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en este Tribunal en fecha 1 de abril de 2011, limitándose a reproducir de manera resumida los razonamientos ya expuestos en su demanda de amparo. No obstante, se añade que en el presente caso «se trataría de establecer de una manera definitiva si la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el Pleno no jurisdiccional de 31 de enero de 2006 (“la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”) es adecuada a la Constitución y no vulnera derechos fundamentales». Sin olvidar que «este Pleno no jurisdiccional se produjo apenas tres meses después de dictada la Sentencia 1311/2005, objeto de esta demanda de amparo, debido, ha de presumirse, a la necesidad de buscar un criterio común en los casos similares al presente en donde la prueba principal es la de ADN».

8. Por escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 12 de abril de 2011 el Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones interesando la denegación del amparo solicitado.

Respecto del primer motivo, comienza el Fiscal reseñando que no se aprecia una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del art 14 CE. Así, razona que aunque la STS 501/2005, que se invoca en la demanda como *tertium comparationis*, tuvo como destinatario un caso similar referido al mismo recurrente de este amparo y entre esta Sentencia y la ahora impugnada, STS 1311/2005, se observa un cambio de criterio a la hora de dar respuesta a la cuestión nuclear planteada sobre si es necesaria o no autorización judicial para la práctica de la prueba pericial de ADN, sosteniendo esta última que no es precisa tal garantía porque nos encontramos ante una toma de muestras derivada de «un acto voluntario de expulsión de materia orgánica», no obstante tal disparidad de criterio no es por sí sola suficiente para apreciar la referida lesión constitucional. Para ello se remite el Fiscal a la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad (cita a tal fin la STC 339/2006, de 1 de diciembre), argumentando que ni concurre el requisito de la «alteridad», puesto que el elemento de comparación que se ofrece es una Sentencia que se aplica al mismo recurrente, de manera que «no existe referencia a otro», ni la solución acordada en la STS 1311/2005 puede calificarse como «fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores», sino que, por el contrario, el criterio explicitado en esta Sentencia «es razonado, presenta visos de razonabilidad y fue reflejado con vocación de futuro, en cuanto destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyen todo significado de resolución *ad personam*». De hecho, diversas Sentencias posteriores del Tribunal Supremo «siguieron la corriente iniciada en la Sentencia aquí impugnada», entre éstas las SSTS 179/2006, de 14 de febrero; 35/2006, de 20 de marzo; 701/2006, de 27 de junio, y 949/2006, de 4 de octubre.

Por lo que se refiere a la supuesta infracción del derecho a la intimidad, razona el Ministerio Fiscal que hay que tener en cuenta que el análisis realizado se ha limitado a desvelar el ADN no codificante, donde no aparecen enfermedades ni otros datos sensibles para el individuo, teniendo una mera finalidad identificativa del sospechoso. Además, la doctrina constitucional ha admitido la legitimidad de que, en determinados casos y con la suficiente habilitación legal, se realicen determinadas prácticas que constituyen una injerencia leve en la intimidad de las personas sin autorización judicial (se cita la STC 70/2002, de 3 de abril), particularmente en el ámbito de investigaciones por delito, siempre que se hayan respetado las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad. En el caso que se examina, «no sólo la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza, o mejor dicho obliga, en su art. 281.1 a la policía judicial a recoger las pruebas de los delitos, sino que además el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece entre otras funciones de las mismas "g) investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes", por lo que "tanto la recogida del esputo como el análisis sobre el mismo practicado tienen cobertura legal". Además, "el analizar los restos biológicos para poder determinar el perfil genético, también a meros efectos identificativos, de personas implicadas en graves hechos delictivos, cuya identidad era desconocida, parece que respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al no fluir otro modo razonable de posible actuación investigadora en un caso como el presente en el que el autor del hecho ha actuado con 'disfraz' ocultando su rostro en la manera en que se recoge en los hechos probados".»

Respecto de la supuesta lesión del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, entiende que es dudoso que el archivo de perfiles genéticos, sin referencia alguna al individuo a que pertenecen los mismos, tal como había ocurrido en este caso, contenga datos de carácter personal susceptibles de la protección dispensada por el art. 18.4 CE. En todo caso, tal lesión no se habría producido porque el análisis practicado se había realizado por un organismo público, sujeto por ello «a una rígida normativa en su funcionamiento y a los mecanismos de control y seguridad normativamente previstos». De otra parte, el fichero en que se recogen los datos investigados está excluido por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, del régimen de protección de la misma, al tratarse de la investigación de delitos de extrema gravedad como son los de terrorismo [art. 2.2 c)]. Así las cosas, los datos archivados «se limitan a desvelar los perfiles genéticos pertenecientes a autores de delitos de estas características, tras su comisión, para su posterior identificación», concurriendo «las notas tanto de necesidad como de adecuación y proporción, pues, dada la forma de actuación delictiva, la identidad de los partícipes en la misma no es susceptible de ser conocida por otros métodos».

De lo dicho se desprende, según el Fiscal, que no se habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, al existir prueba de cargo lícita y suficiente, desprendiéndose de la prueba de ADN realizada que «el acusado tenía un perfil genético idéntico al que se había hallado en una de las prendas abandonadas en el lugar de los hechos». Este análisis, por otra parte, participaría de la naturaleza de «acto de prueba» porque habían depuesto en el plenario «el policía que recogió el resto biológico y lo envió al laboratorio para su análisis y los peritos que lo analizaron», sometiéndose estas declaraciones y la pericial practicada a los principios de oralidad, contradicción e inmediación, llegando a la conclusión el Tribunal de que se había garantizado la cadena de custodia, sin que «tenga la menor duda de que la muestra recogida pertenece al acusado y que los perfiles genéticos se corresponden con los hallados en las muestras debitadas de las prendas intervenidas en su día». Además, el órgano judicial había examinado la prueba de descargo presentada por la defensa del recurrente, considerándola irrelevante con una argumentación razonada y razonable.

Finalmente, en relación al cuarto motivo, entiende el Fiscal que la pena impuesta al acusado de seis años de prisión tiene cobertura legal, en la medida que el art. 266,

apartado 4, párrafo 2, se remite al art. 351 CP si ha existido incendio, como ocurre en este caso al haberse utilizado un artefacto explosivo-incendiario con peligro para la integridad de las personas.

9. Mediante providencia de 1 de febrero de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

10. Por providencia de 3 de diciembre de 2013 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 5 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Es objeto de impugnación en este recurso de amparo la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1311/2005, de 14 de octubre, que desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 2005, dictada en el procedimiento abreviado núm. 95-2002, que le condenó como autor de un delito de daños terroristas a la pena de seis años de prisión, privación del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo e inhabilitación absoluta por seis años, así como al pago de las costas e indemnización a favor de la entidad La Caixa en 17.199,21 euros.

El recurrente considera que las resoluciones impugnadas han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad (art. 14 CE) porque el Tribunal Supremo en la STS 501/2005, de 19 de abril, en un caso análogo al ahora planteado, había llegado a una conclusión distinta revocando la condena de que había sido objeto el recurrente por Sentencia de la misma Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; a la intimidad personal (art. 18.1 CE) porque habían convalidado un análisis de su perfil genético, ordenado por la Ertzaintza para confrontarlo con los restos biológicos de una prenda encontrada en el lugar donde se produjeron los hechos, no contando para ello con autorización judicial; a la «autodeterminación informativa» (art. 18.4 CE) por cuanto dicha policía había incluido este perfil de ácido desoxirribonucleico (ADN) del recurrente en un fichero al margen de todo tipo de control, sin respetarse las garantías previstas en el ordenamiento para el tratamiento de este tipo de datos de naturaleza personal; a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haberse utilizado para su condena esta prueba ilícita, reseñándose en la demanda, además, la falta de valor probatorio de dicho análisis de ADN al no haber intervenido un Juez en la recogida de la muestra indubitada (esputo arrojado en la celda) ni haberse respetado por la policía la necesaria «cadena de custodia»; así como a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal (arts. 24.1 y 25.1 CE) al haberse impuesto al demandante una pena superior a la legalmente establecida, constituida esta por tres años de prisión.

2. En el primer motivo de impugnación sostiene el demandante que se ha vulnerado su derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) por el distinto trato dispensado en la Sentencia impugnada y en la Sentencia de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 501/2005, en la que, por referencia a otros hechos, se habría absuelto al propio recurrente al considerar el órgano judicial que el análisis del ADN, efectuado a partir de la misma muestra de saliva del acusado, no se practicó con las debidas garantías al no contar con autorización judicial.

Según hemos declarado con reiteración, el primero de los requisitos necesarios para que pueda compararse el distinto trato dispensado en dos resoluciones judiciales a fin de analizar si se vulneró o no el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, es que se refieran a sujetos distintos. Así, hemos exigido, entre otros requisitos, el de la «existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de la "referencia a otro", excluyente de la comparación consigo mismo» (SSTC 339/2006, de 11 de diciembre, FJ 4 y 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2, entre otras). De ahí que, a la vista que tanto la Sentencia impugnada como la que se propone para efectuar el juicio de igualdad tuvieron por objeto la condena

del propio demandante de amparo, su queja no pueda ser abordada con la perspectiva del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Ahora bien, la inexistencia de alteridad en las Sentencias comparadas no rebaja ni un ápice las exigencias de respeto del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental cuyo contenido primigenio consiste en que las resoluciones judiciales se encuentren debidamente motivadas y fundadas en Derecho (en este sentido STC 61/2006, de 27 de febrero, FFJJ 3 y 4). Y no lo están cuando el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había sido dictada anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, no exprese o no se infieran de la propia resolución las razones para tal cambio de orientación (SSTC 61/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 6 y 38/2011, de 28 de marzo, FJ 7).

El análisis comparativo de las dos resoluciones judiciales revela que, en efecto, en ambas resoluciones no sólo se abordó como cuestión nuclear la de si era o no necesaria la autorización judicial para recoger las muestras biológicas abandonadas por aquel a quien pertenecen para su posterior análisis de ADN, sino que, más aun, el análisis comparativo del ADN correspondiente a los restos biológicos hallados en las prendas recogidas en el lugar de los hechos perseguidos en ambas causas penales, era el mismo: un esputo expulsado por el demandante de amparo en la celda en la que se encontraba detenido. Partiendo de esta constatación, la STS 501/2005 revocó la condena del Tribunal de instancia (Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) por considerar que en el análisis de ADN había faltado la necesaria autorización judicial que ordenara su práctica, lo que supuso un defecto de orden procesal que convirtió la prueba obtenida en ilícita. El Tribunal entendió entonces, en el fundamento jurídico 4, apartado 3, de esa Sentencia, que era de aplicación el art. 363, párrafo 1, de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim) en la redacción entonces vigente, por lo que la prueba de ADN se encuadraba dentro de los «análisis químicos» que tan solo puede acordar la autoridad judicial. Además, y esto es lo que interesa a fin de comparar esta resolución con la ahora impugnada en amparo, se afirmaba que en estos supuestos tiene particular importancia la toma de la muestra indubitada (como en la pericial caligráfica), resultando que, cuando se quiere que este acto tenga valor probatorio, es al Juez a quien corresponde la realización de este tipo de actuaciones procesales (fundamento jurídico 3 de la indicada STS 501/2005). Por el contrario, en la STS 1311/2005 ahora impugnada en amparo, el Tribunal Supremo se separó claramente de este último criterio, poniendo de relieve, en su fundamento jurídico 1, apartado 2, que no es precisa esta autorización judicial para la práctica de dicha diligencia porque «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». Concluyendo a partir de ahí que «en estos casos, no entra en juego la doctrina consolidada de la necesaria intervención judicial para autorizar 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».

Pues bien, lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que nos encontramos ante dos resoluciones judiciales que utilizan criterios distintos sobre la cuestión nuclear planteada (si es o no precisa la intervención judicial para la recogida de muestras abandonadas por el sospechoso voluntariamente). Ahora bien, la Sentencia del Tribunal Supremo ahora impugnada, posterior en el tiempo, expresa las razones para tal cambio de orientación al fundar su decisión en el carácter voluntario del abandono del sustrato biológico (saliva), criterio que no había sido manejado en la resolución precedente y que tiene carácter central del razonamiento judicial sobre este punto. Por ello, ha de descartarse que se trate de una decisión no incurso en arbitrariedad, además de con vocación de permanencia o generalidad para otros supuestos que se puedan plantear al Tribunal. Este extremo se deduce, no sólo del hecho de que posteriores Sentencias del

Tribunal Supremo siguieron este criterio expuesto en la STS 1311/2005, como subraya el Fiscal en su escrito de alegaciones, sino también porque el mismo fue asumido por acuerdo no jurisdiccional de su Sala Segunda de 31 de enero de 2006, al determinar que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Consecuentemente esta queja del demandante de amparo debe ser rechazada desde la óptica referida de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en armonía con la doctrina constitucional expuesta.

3. En el motivo segundo de la demanda de amparo se aduce vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) con fundamento en que la condena del demandante se sustenta sustancialmente en el análisis del ADN obtenido a partir de un esputo arrojado por el demandante al salir de la celda en la que se encontraba detenido y su comparación con el obtenido a partir de restos biológicos hallados en una manga utilizada por el autor de los hechos y abandonada en la huida. Dicha prueba habría sido obtenida con vulneración de los derechos fundamentales del demandante al no haberse autorizado judicialmente ni la recogida de la saliva arrojada por el demandante durante su detención ni tampoco el posterior análisis comparativo de su ADN. De modo que, anulada la prueba principal ex art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», y no existiendo otras de relevancia que sustenten la condena, se habría quebrado también el derecho del demandante a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Siguiendo la sistemática de la demanda de amparo analizaremos por separado, de un lado las deficiencias achacadas al modo en el que se obtuvo la saliva del demandante de amparo mientras se encontraba detenido, y de otro los reproches dirigidos contra la realización del análisis de ADN y su comparación con el obtenido a partir del vestigio delictivo. Finalmente abordaremos la pretendida lesión del derecho reconocido en el art. 18.4 CE.

4. Las cuestiones que suscita la recogida de la saliva se contienen en los apartados primero y tercero del fundamento segundo de la demanda de amparo.

a) En el primero de los apartados el demandante aduce que era precisa la resolución judicial que autorizase la recogida de la saliva por aplicación de los arts. 326, 334, 332 y 336 LECrim en la redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos enjuiciados, pero en ningún pasaje de este apartado se alude al derecho fundamental que habría resultado vulnerado por la omisión de la resolución judicial que autorizase la recogida de la saliva. Es decir, el demandante se limita a señalar los preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal que regulan algunas de las atribuciones y de las obligaciones del Juez de instrucción en la formación del sumario, entre las que se encuentran la recogida de cualesquiera vestigios del delito o fuentes de prueba conducentes a «averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pudieran influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos» (art. 299 LECrim). Pero la demanda carece de razonamiento alguno acerca de los motivos por los cuales era constitucionalmente exigible que el Juez autorizase la recogida de la muestra de saliva. De ahí que hayamos de recordar nuevamente la constante doctrina de este Tribunal (por todas STC 162/2011, de 2 de noviembre, FJ 7), según la cual «no le corresponde reconstruir de oficio la demanda supliendo las inexistentes razones de las partes, al ser una carga de quien impetra el amparo constitucional no solamente la de abrir la vía para que la jurisdicción constitucional pueda pronunciarse, sino también la de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente es de esperar y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional».

b) En el segundo de los apartados mencionados se aduce que el demandante no consintió la recogida de la muestra, sino que fue recogida de modo subrepticio mientras estaba detenido, lo que supuso la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación.

Al respecto hemos de señalar que es ya doctrina muy consolidada (por todas STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6) que «los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable... son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.»

Pues bien, en el presente caso no se advierte qué declaración autoinculpatoria ha efectuado el demandante de amparo. Aun cuando hiciéramos abstracción de que la cuestión no se suscita con relación a una declaración del demandante (ámbito al que se restringe el derecho fundamental invocado, SSTC 103/1985, de 4 de octubre, y 76/1990, de 26 de abril, FJ 10) sino a una acción consistente en arrojar saliva, no se aprecia que la acción del demandante estuviese motivada por el empleo sobre él de *vis* física o moral alguna. Ni se vio forzado a escupir como consecuencia de las condiciones de la detención, ni se advierte ni aduce haber sido objeto de engaño alguno. Consecuentemente, la libertad con la que se produjo la acción de escupir cuando se abandonaba la celda permite descartar la invocada lesión del derecho a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo. Ni siquiera desde la mayor amplitud que hemos conferido a la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio contra él así compelido –que deriva del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia–, cabe apreciar la lesión aducida. En primer lugar porque «tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva»; y en segundo término porque «[l]os mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribuir a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución.» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6).

c) Finalmente, con relación a la obtención de la muestra de saliva, en el apartado cuarto del mismo fundamento segundo de la demanda se aduce que no existe constancia de que fuese conservada la cadena de custodia de la saliva, de suerte que no es posible asegurar que la muestra de saliva recogida en el curso de la detención fuese la misma que sirvió para el análisis comparativo posteriormente efectuado con el perfil de ADN obtenido a partir de la prenda recogida en el lugar de los hechos. Una cuestión de tanta importancia, se dice, no es posible tenerla por probada con la declaración de un solo testigo. Ello llevaría consigo la vulneración de la presunción de inocencia al incidir sobre el valor probatorio de la pericial que sustenta la condena.

La cuestión de si la muestra de saliva analizada es o no la misma que la arrojada por el demandante en el curso de su detención, fue abordada en la Sentencia de la Audiencia Nacional que condenó al recurrente, llegando a la conclusión de que no existía duda acerca del carácter indubitado de la muestra de saliva analizada por cuanto en el juicio oral había declarado el policía que la recogió. Se trata, por tanto, de una cuestión de hecho que no puede ser objeto de pronunciamiento por parte de este Tribunal [art. 44.1 b)

de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC] más que respecto a la regularidad y suficiencia de los medios de prueba que condujeron a dar por acreditado el hecho. Pues bien, contrariamente a lo aducido por el demandante, la declaración de un único testigo ha sido considerada suficiente para enervar la presunción de inocencia (incluso si es la víctima, por todas STC 347/2006, de 11 de diciembre), afirmación que cobra mayor valor si cabe cuando el hecho al que se refiere la prueba no es estrictamente el hecho delictivo, sino un aspecto parcial de uno de los medios de prueba. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada (STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22, entre otras) que «el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1).»

5. El núcleo de la vulneración de derechos fundamentales que formula el demandante de amparo se centra en la realización de la prueba de ADN. En concreto, en el apartado segundo del fundamento jurídico 2 de la demanda se reprocha la falta de resolución judicial que acordase la práctica de tal prueba. Alude a que en la fecha en que se produjeron los hechos enjuiciados en el proceso penal *a quo* no se había introducido el segundo párrafo del art. 363 LECrim (lo fue por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), que faculta al Juez para acordar, mediante resolución motivada y con adecuación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, que se determine el perfil de ADN del sospechoso a partir de muestras biológicas suyas. Tal precepto, afirma el demandante, debería aplicarse retroactivamente por establecer mayores garantías, pero en todo caso, lo que sí estaba en vigor era el párrafo primero, a tenor del cual «los juzgados y tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se considere absolutamente indispensable para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia». Sirviéndose de la STS 501/2005 ya mencionada, considera que era exigible la resolución judicial para practicar el análisis de ADN y que como no se obtuvo se incurrió en un defecto procesal que hace ilícita la prueba obtenida.

La argumentación acabada de exponer se encuentra ayuna de toda consideración constitucional, pues no se identifica qué derecho fundamental se encontraba comprometido para demandar la intervención judicial, sino que se alude a la existencia de los mismos defectos procesales observados en la Sentencia citada, en la cual se sostuvo una doctrina diferente a la que se sustenta en la recurrida en amparo. Ello no obstante, este razonamiento ha de ser completado con lo expuesto en el fundamento tercero de la demanda, que, al tratar de la aducida vulneración del derecho reconocido en el art. 18.4 CE, se afirma que el análisis de ADN efectuado supone una injerencia en el derecho a la intimidad porque, aun cuando el análisis se realiza sobre el «ámbito no codificante», la intimidad se encuentra comprometida porque «no puede excluirse en un futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante», y además «existe la posibilidad y el riesgo de posibles abusos y excesos». Refuerza su argumentación con la cita de las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre y 25/2005, de 4 de febrero, que ponen en evidencia que la lesión del derecho a la intimidad es independiente de la que pudiera afectar al derecho a la integridad corporal, y que tal lesión puede producirse por la finalidad para la que se pretendan utilizar de los datos obtenidos a través del análisis de que se trate.

Planteada en estos términos la queja del demandante, hemos de abordar si el análisis del ADN del demandante, al implicar una injerencia en su intimidad, precisaba resolución

judicial que autorizase su práctica. Consecuentemente, el enfoque constitucional de la cuestión suscitada que nos es propio ha de gravitar sobre el cumplimiento de los requisitos que la Constitución exige para la limitación del derecho a la intimidad.

6. Lógicamente, con carácter previo, hemos de recordar la doctrina de este Tribunal en torno a la configuración constitucional del derecho a la intimidad personal, con particular atención a las resoluciones dictadas en asuntos que guardan alguna semejanza con el que hemos de resolver, contribuyendo así a perfilar las especificidades de este concreto supuesto.

a) Este Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la intimidad personal «en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» [por todas, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 B); 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 y 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2]. De forma que la intimidad personal «es un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental» (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3). En todo caso, «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5). En el mismo sentido la STC 119/2001, de 24 de mayo, expresa que «estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las incidencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (FJ 5). Por lo que nos hemos preocupado de afirmar que «el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas» (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 2 a), que sigue en este aspecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras STEDH de 10 de octubre de 2006, caso *L.L. c. Francia*).

b) Ya en relación con supuestos que guardan proximidad con el asunto que se somete a nuestro enjuiciamiento, hemos afirmado que las intervenciones o reconocimientos corporales, aun cuando por sus características e intensidad no supongan una intromisión en el derecho a la integridad física, sí pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretende averiguar, cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar. Así, en el caso resuelto en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, llegamos a la conclusión de que la intimidad personal se veía afectada cuando se pretendía esclarecer a través del análisis de un cabello «si el imputado en un proceso penal es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser». Es decir, se trata de información objetivamente perteneciente al círculo de lo íntimo cuya revelación podía tener una incidencia especial por «la condición de guardia civil del imputado al que se ordena soportar la intervención y pericia, dado que, si los resultados de la misma fueran positivos, en el sentido de demostrar su consumo de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y aunque ello no llegara a tener para él consecuencias de orden penal en la causa, sí podría acarrearle eventualmente responsabilidades de tipo disciplinario» [FJ 3 B)]. A la misma conclusión llegamos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, con ocasión de un análisis de orina realizado a un trabajador de quien se descubre que había consumido drogas, donde manifestamos que «una prueba médica realizada en términos objetivos semejantes supone una afectación

en la esfera privada de la persona» (FJ 5). Por su parte, en la STC 25/2005, de 14 de febrero, se arranca de que la información relativa al consumo de alcohol afecta a la intimidad personal y que, consecuentemente, la resolución judicial que acordó incorporar al proceso la analítica obrante en el historial clínico para que el médico forense emitiera informe sobre la tasa de alcohol en sangre del demandante supone una injerencia en la intimidad personal. Finalmente, la STC 206/2007, de 24 de septiembre, en un caso en que la Guardia Civil ordenó un análisis de sangre del imputado sobre las muestras que le habían sido extraídas en el hospital con fines terapéuticos para determinar su nivel de alcohol, constatamos que la determinación de si el afectado había consumido alcohol y cuál era su grado de impregnación alcohólica supone una injerencia en la vida privada de la persona.

De todo lo anterior conviene retener que en la totalidad de los supuestos de los que acabamos de dar cuenta el conocimiento que se adquiere a través de las actuaciones del poder público frente a las que se demandaba amparo se refería a aspectos que incidían en la esfera reservada o íntima de las personas concernidas (consumo de drogas, consumo de alcohol), razón por la cual afirmábamos la existencia de injerencia en la intimidad personal en atención a la finalidad a la que se encaminaban aquellas. Constatada la afectación a la intimidad, se aborda el examen de si la injerencia estaba o no constitucionalmente justificada, examen que concluyó con resultados diversos.

c) En relación con la utilización de las pruebas de ADN como medio de investigación y prueba en el seno del proceso penal, este Tribunal no ha tenido ocasión de pronunciarse más que sobre aspectos tangenciales (condena impuesta por delito de desobediencia por negarse a la práctica de tales pruebas: ATC 405/2006, de 14 de noviembre) que ahora no resultan relevantes. En cambio sí contamos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre aspectos que, aunque no idénticos, proporcionan algunos criterios de utilidad a fin de resolver el presente recurso de amparo de conformidad con el mandato establecido en el art. 10.2 CE, y que ponen de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN.

En efecto, la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, abordó la cuestión de si se vulneraba o no el derecho a la vida privada como consecuencia de que las autoridades policiales conservasen indefinidamente las huellas dactilares, las muestras celulares y los perfiles de ADN de dos personas (obtenidas mientras se encontraron detenidas) una vez que había concluido sin condena el proceso seguido contra ellos (en un caso por absolución y en otro por archivo de la causa tras retirarse la denuncia formulada). En los § 68 a 77 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la información conservada en las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN constituyen datos de carácter personal al referirse a personas identificadas o identificables. Por lo que se refiere a las muestras celulares, aprecia que la cantidad de información personal contenida en ellas conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, de suerte que poco importa que las autoridades extraigan o utilicen sólo una pequeña parte de tal información para la creación de perfiles de ADN y que no se produzca un perjuicio inmediato en un caso concreto. En lo relativo a los perfiles de ADN el Tribunal Europeo de Derechos Humanos razona que contienen menos información personal, pero que su tratamiento informatizado permite a las autoridades ir mucho más allá de una identificación neutra y realizar a partir de ella estudios de investigación familiar que descubran el vínculo genético entre personas, así como el origen étnico, cualidades que son indudablemente susceptibles de lesionar el derecho a la vida privada. Por todo ello concluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que «la conservación tanto de las muestras celulares como de los perfiles de ADN de los demandantes se considera una lesión del derecho de estos últimos al respeto de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio».

En el mismo sentido, en la decisión de inadmisión adoptada el 7 de diciembre de 2006 (caso *Van der Velden c. Países Bajos*, 29514/05) el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos rechazó la queja formulada en relación con la obtención de una muestra biológica de quien había sido condenado por un grave delito a fin de conservar su perfil de ADN, incluirlo en una base de datos y utilizarlo en la prevención de la comisión de delitos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta que la obtención de la muestra bucal constituyó una intromisión en la intimidad del demandante y pone de manifiesto que en relación con la obtención y recopilación de huellas dactilares había considerado que no afectaba a la intimidad, pero que dado el uso que puede hacerse del material celular en el futuro, la sistemática retención de ese material excede del ámbito de la identificación neutra de caracteres tales como las huellas digitales, y que es suficientemente invasiva para considerarla intromisión en la vida privada en los términos del art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (§ 2).

Como se desprende de lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa el origen de la lesión en que la conservación de las muestras biológicas y los perfiles de ADN utilizados para la identificación supone, en sí misma considerada, una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares. De modo que, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, la cuestión se desplaza a la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio de Roma. Y así, en la primera de las resoluciones citadas, al abordar el estudio de la existencia de un fin legítimo que justificase la injerencia apreciada, se ocupa de remarcar oportunamente la diferencia existente entre el supuesto abordado –conservación de muestras biológicas y perfiles de ADN para la identificación de los autores de futuros hechos delictivos– de aquellos otros casos en los cuales «la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido» (§ 100). El reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se dirige a la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas con la finalidad de identificar a los autores de futuros hechos delictivos, pero no a la identificación de los autores de hechos delictivos a través del contraste del ADN obtenido a partir de muestras biológicas del sospechoso «con vestigios anteriores conservados en la base de datos» (§ 116). La censura se realiza, por tanto, a la conservación de los datos personales, pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos, tiene unas consecuencias directas en la vida privada de la persona afectada, tanto si se utilizan o no estos datos posteriormente» (§ 119). Por su parte, en la decisión de inadmisión anteriormente citada el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que la injerencia en el derecho a la vida privada, prevista legalmente, resulta razonable en atención a que se impone a los condenados por delitos de cierta gravedad y que, a la postre, podría incluso beneficiarles al favorecer su exclusión de una eventual lista de sospechosos.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acabado de realizar interesa retener que para ese Tribunal el peligro potencial de revelación o de acceso a datos que inciden en la intimidad personal constituye en sí mismo una injerencia en el derecho a la vida privada (si está o no justificada es cuestión a analizar con posterioridad). Y esto es lo que sucede en el caso sometido a nuestra consideración, pues el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo en el que ahora centramos nuestra atención, supone ya una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tales análisis pudieran derivarse. Sobre la relevancia que habrá de tener el hecho de que, en efecto, el riesgo potencial aludido no llegase a actualizarse, hemos de volver más adelante, de modo que basta ahora con la constatación de la existencia de injerencia en el derecho fundamental concernido.

7. Constatado que la realización del análisis del ADN del demandante de amparo supuso una injerencia en su derecho a la intimidad por su mera puesta en riesgo, hemos de analizar si tal injerencia se ha producido o no de forma constitucionalmente conforme.

Nuestra doctrina al respecto, partiendo del carácter no ilimitado de los derechos fundamentales, viene declarando (entre otras STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2) que no podrá considerarse ilegítima «aquella injerencia o intromisión en el derecho a la intimidad que encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3)». En esta misma Sentencia recordábamos que «aunque el art. 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. Precizando esta doctrina, recordábamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10 (resumiendo lo dicho en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4), que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad son los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo; que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerde mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 3).»

8. En cuanto a la exigencia de que la medida que supone una injerencia en el derecho a la intimidad esté orientada a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, con reiteración hemos afirmado que lo es la investigación del delito y, en general, la determinación de los hechos relevantes del proceso penal (SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6), «pues la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE» [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a); y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9] y 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2]. En el mismo sentido y precisamente en relación a las pruebas de ADN, ya hemos dejado constancia de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado legítima la práctica de estos análisis cuando está «destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido» (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*, ya citada § 100).

Pues bien, la específica prueba pericial consistente en la obtención del ADN del demandante a partir de su saliva se produjo con la finalidad de ser comparado con el obtenido a partir de la muestra biológica hallada en una manga utilizada en la realización de un hecho delictivo, y tenía por objeto el descubrimiento de la persona que había utilizado la mencionada manga en la perpetración de unos hechos delictivos de notable gravedad como lo son los de daños terroristas por los que finalmente fue condenado el demandante. De ahí que no quepa dudar de la concurrencia del fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

9. Por lo que se refiere a la cobertura legal de las diligencias periciales practicadas por la policía judicial, hemos de partir de que al tiempo de los hechos enjuiciados no existía en nuestro Ordenamiento jurídico una previsión específica sobre la realización de análisis del ADN en el seno de la instrucción penal, sino que tales análisis no tenían una

consideración diferente que la genérica de cualquier prueba pericial. Fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la que introdujo en la Ley de enjuiciamiento criminal la primera regulación de esta materia: de una parte se añadió un párrafo al art. 326 LECrim ordenando al Juez de Instrucción que por sí o a través del médico forense o la policía judicial adopte las medidas necesarias para la recogida, custodia y examen de las huellas o vestigios biológicos hallados en el lugar de los hechos; y de otra se incorporó el segundo párrafo del art. 363 LECrim, en el cual se habilita al Juez de instrucción para que acuerde la obtención de muestras biológicas del sospechoso a fin de determinar su perfil de ADN, incluso mediante actos de injerencia tales como la inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El marco normativo se completó con la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, cuya disposición adicional tercera, bajo la rúbrica «Obtención de muestras biológicas», dispone que en la investigación de los delitos a los que la ley se refiere, «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.»

Como hemos anticipado, hasta las reformas legales acabadas de mencionar (y, por tanto, al tiempo de suceder hechos objeto de nuestro enjuiciamiento constitucional) el art. 363 LECrim mantenía su redacción originaria constituida por un solo párrafo, según el cual «los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en los que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia». No cabe ver en este precepto una reserva, que la Constitución no exige, en favor de Juez de instrucción para acordar la práctica de todo análisis químico, en el que *lato sensu* cabría incluir el análisis del ADN, cualquiera que sea la naturaleza del sustrato a analizar (tierras o agua por ejemplo), sino una prevención, comprensible si nos situamos en 1882, que tiene que ver con la carestía, complejidad y lentitud de los análisis químicos en aquel momento histórico, de lo que es buena muestra el contenido de los inmediatamente precedentes arts. 356 a 362 LECrim. Este entendimiento del precepto legal es coherente con las previsiones normativas que habilitan a la policía judicial para la elaboración de informes periciales en la investigación de los delitos, siempre, claro está, bajo la dependencia de la autoridad judicial que se encuentre conociendo del asunto y con el fin de su incorporación al proceso. En este sentido recordábamos en la ya citada STC 173/2011, recogiendo la doctrina sentada en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, que «las normas aplicables son, en primer lugar el art. 282 LECrim, que establece como obligaciones de la policía judicial la de "averiguar los delitos públicos que se cometieron 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". En la misma línea, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece como funciones de éstos, entre otras, f) "prevenir la comisión de actos delictivos"; g) "investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes" ... Según la citada Sentencia (mismo fundamento jurídico) existe, por tanto, "una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente".» Destacábamos seguidamente que la ley no enumera casuísticamente las diligencias a las que se refiere pero sí que las acota adjetivándolas y orientándolas a un fin, de modo que «puede afirmarse que la habilitación legal existente cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una

mayor concreción en eventuales reformas legislativas». Reformas legislativas que, en lo que a la materia de la que tratamos se refiere, ya hemos señalado que se produjeron con posterioridad a los hechos enjuiciados.

Por todo ello cabe concluir que, aun cuando con posterioridad el legislador reguló la materia de modo más específico, la diligencia pericial consistente en el análisis de la saliva del demandante de amparo encontraría cobertura legal en los preceptos acabados de exponer en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el art. 11.1, apartado g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al que acabamos de referirnos; de otra, su práctica se acomoda con naturalidad a la finalidad para la que las atribuciones policiales son conferidas por el legislador, esto es, para la averiguación de los delitos y la puesta a disposición judicial de sus presuntos autores; y, finalmente porque la menor intensidad de la injerencia en el derecho fundamental, a la que luego nos referiremos, admite una relativa relajación de las exigencias de taxatividad en la norma que presta cobertura a aquella exigida por el Convenio europeo de derechos humanos. Así lo hemos afirmado, con cita de la STEDH en el caso *Sociedad Plon c. Francia*, de 18 de mayo de 2004, en nuestra STC 34/2010, de 19 de julio, con respecto a la menor injerencia que supone el carácter temporal de las medidas cautelares limitativas de un derecho fundamental (en el caso, los reconocidos en el art. 20.1 CE).

10. En cuanto a la necesidad de autorización judicial, recordábamos en la STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, (y últimamente en la STC 115/2013, de 9 de mayo) que «a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del art. 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, establecimos que era 'sólo posible por decisión judicial' (FJ 7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ 8).» En particular, hemos admitido que la actuación policial pueda ser necesaria en atención a la urgencia de la actuación, el modo de comisión del delito o su gravedad (STC 173/2011, de 7 de noviembre).

En el presente caso concurren circunstancias excepcionales que permiten concluir que aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho del demandante a la intimidad personal. Tales razones son las siguientes:

– En primer lugar por la escasa (cuando no nula) incidencia material en la intimidad personal del demandante, que habría consistido en el riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación neutra. En efecto, tanto el demandante de amparo como la Sentencia del Tribunal Supremo frente a la que se demanda amparo, admiten que el análisis efectuado sobre la muestra de saliva obtenida del demandante se realizó sobre las regiones no codificantes de ADN, de modo que no se obtuvo otra información que la meramente identificativa de la persona a quien pertenece (por más que a partir de ella se pudieran obtener datos relativos al grupo racial o a la estirpe familiar mediante análisis complementarios que sí pudieran afectar a la intimidad personal). Que el análisis de ADN concretamente efectuado no tuvo incidencia apreciable sobre la intimidad del demandante es admitido por éste al referir el núcleo de su queja a hipótesis tales como que «no puede excluirse en el futuro la lectura de la información genética contenida en las bandas de ADN no codificante», o a que «existe la posibilidad y el riesgo de posibles abusos y excesos». En ningún momento de la demanda se explicita información alguna que haya sido revelada a través del análisis identificativo practicado que haya comprometido o pudiera comprometer la intimidad del demandante. Se pone así en evidencia que la lesión contra la que se pretende reaccionar derivaría de la conservación

y utilización futura del perfil de ADN obtenido a partir de la saliva del demandante, pero no de la comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil de ADN del demandante con el extraído de los vestigios del delito investigado. De este modo, aun cuando cabe admitir que el peligro de futuros usos desviados del perfil de ADN del demandante podría eventualmente constituir una injerencia actual en la intimidad personal por el mero riesgo, huelga ahora realizar toda consideración al respecto en el seno de un proceso de amparo como este en la medida en que no es el supuesto concretamente analizado.

Por lo demás, no sólo es que el demandante de amparo admita la naturaleza meramente identificativa del perfil genético obtenido a partir de los sectores no codificantes del ADN, sino que tal afirmación tiene un indudable soporte científico. Tal es también el presupuesto del que parte, como dato puramente fáctico, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Maryland v. King*, de 3 de junio de 2013 (identificación del autor de un delito de violación a partir del análisis del ADN de quien fue detenido como sospechoso de otro delito grave posterior) al afirmar taxativamente que los marcadores utilizados para la identificación del ADN «están situados en partes no codificantes del ADN que no revelan las características genéticas del detenido. Si bien la ciencia siempre puede avanzar y esos progresos pueden llegar a tener trascendencia desde la perspectiva de la cuarta enmienda, los alelos en los marcadores CODIS no suministran actualmente otra información que la relativa a la identidad del sujeto».

En definitiva, la limitada incidencia que el análisis de ADN que se pretendía realizar y efectivamente se llevó a cabo tuvo en el derecho a la intimidad del demandante, tolera en el caso concretamente analizado la omisión de la autorización judicial en un ámbito en el que, como hemos ya advertido, no constituye una exigencia constitucional directa.

– En segundo lugar porque la actuación pericial, al ceñirse a las regiones de ADN no codificante, se ajustó a los estándares proporcionados por la normativa nacional e internacional reguladora del uso forense del ADN con la que se asegura que no se va más allá de la identificación neutral del sujeto. Tal normativa estaba constituida a la sazón por la resolución del Consejo, de 25 de junio de 2001, relativa al intercambio de resultados de análisis de ADN (2001/C 187/01) –actualizada luego por la resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009–, por la que se insta a los Estados miembros a que limiten los resultados de análisis de ADN a las zonas cromosómicas que no contengan ningún factor de expresión de información genética, es decir, a las zonas cromosómicas que no contengan información sobre características hereditarias específicas. En el correspondiente anexo se especifican y enumeran los marcadores de ADN respecto de los que no se tiene constancia de que contengan información sobre características hereditarias específicas, recomendando a los Estados miembros que estén vigilantes a los avances científicos y preparados para borrar los resultados de análisis de ADN si dichos resultados contienen información sobre características hereditarias específicas. En el ámbito internacional, el Tratado entre el Reino de Bélgica, la República Federal de Alemania, el Reino de España, la República Francesa, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos y la República de Austria relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal. El Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 («BOE» núm. 307, de 25 de diciembre de 2006), obliga a los Estados parte a servirse «exclusivamente perfiles de ADN obtenidos a partir de la parte no codificante del ADN».

– En tercer lugar, porque, aun cuando el análisis jurídico de las cuestiones suscitadas exige un estudio individualizado de las distintas fases de la actuación policial controvertida, no puede desconocerse que las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad, requerían una actuación urgente. Así, la recogida de la saliva expulsada súbitamente por el demandante requería su rápida recogida, su urgente remisión a los laboratorios adecuados para su conservación y su pronto análisis, evitando todo riesgo

de degradación de la muestra biológica, contribuyendo a asegurar la cadena de custodia y minorando las posibilidades de contaminación de la muestra mediante el tratamiento de la misma siguiendo los protocolos ordinarios de actuación.

– En cuarto lugar, porque el conjunto normativo entonces vigente, a diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales respecto de los que la Constitución y la Ley de enjuiciamiento criminal sí exigen resolución judicial que autorice las injerencias en los mismos (arts. 18, apartados 2 y 3, y 20.5 CE), no prevé expresamente la intervención judicial con carácter necesario. Dimensión o perspectiva objetiva del Ordenamiento entonces vigente que milita a favor de la constitucionalidad de los comportamientos del poder público acomodados a dicho tenor literal en un ámbito como el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) en el cual, se insiste, no existe en la Constitución reserva jurisdiccional expresa (*mutatis mutandi* STC 22/2003, de 10 de enero, FJ 10, en un ámbito en el que sí existe reserva constitucional de jurisdicción).

– En quinto lugar, porque la merma del control judicial que podría haberse derivado de la falta de autorización judicial se vio desvanecida por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo realizado tan pronto como estuvo disponible (no puesta en duda por los actores del proceso *a quo*), momento a partir del cual la autoridad judicial se encontraba en disposición de realizar por sí el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial efectuada, así como de acordar la práctica de un nuevo análisis o de completar el ya realizado, bien por propia iniciativa o bien a solicitud de la representación procesal del demandante de amparo. A diferencia de lo que acontece con pruebas irrepetibles como las intervenciones telefónicas, el carácter pericial de la diligencia practicada y la disponibilidad de las muestras a analizar hacen que la pericia pueda no sólo ser sometida a debate en cuanto a sus conclusiones, sino que incluso pudiera ser reiterada con autorización judicial.

11. Finalmente, el respeto al principio de proporcionalidad de la medida enjuiciada exige, tal como ya hemos avanzado, constatar que la medida adoptada sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a afirmar el respeto al principio de proporcionalidad en la realización del análisis de ADN del demandante de amparo toda vez que: i) su comparación con el obtenido a partir del resto biológico hallado en la manga utilizada por uno de los intervinientes en los hechos delictivos investigados resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de este último (idoneidad); ii) no existía un medio alternativo para comprobar si el demandante había participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad), siendo tales hechos relativos a la llamada violencia callejera de la que el demandante admitió en sus declaraciones policiales ser dinamizador y haber participado en acciones preparando artefactos explosivos caseros con pólvora de pirotecnia, cartuchos de camping gas, gasolina y mecha iniciadora. Aun cuando tales declaraciones no fueron luego ratificadas en el juicio oral y, consecuentemente, el órgano judicial no se sirvió de ellas para formar su convicción (pág. 8 de la Sentencia de la Audiencia Nacional), sí constituían en aquel momento un nexo de conexión del demandante con los hechos investigados; y, iii) finalmente, el modo en el que el análisis del ADN se practicó fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto sólo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellos que tan sólo proporcionan datos identificativos mediante un análisis comparativo con el ADN obtenido a partir de otra muestra, excluyéndose por ello la revelación o puesta de manifiesto de toda característica personal que afectase a la intimidad personal. Es decir, la injerencia en el derecho fundamental consistió en el riesgo de comprometer la intimidad personal del demandante de amparo, riesgo que no llegó a materializarse.

12. Del propio modo ha de descartarse la lesión del derecho a la autodeterminación informativa reconocida en el art. 18.4 CE, la cual se habría producido, según el demandante de amparo al introducirse su perfil de ADN en una base de datos policial que carece del registro correspondiente en la Agencia de Protección de Datos y al margen del consentimiento del afectado o de resolución judicial que exige la Orden de 2 de septiembre de 2003, del Consejero Vasco de Interior, reguladora del fichero.

La doctrina de este Tribunal se ha ocupado de delimitar el objeto de los derechos a la intimidad y a la protección de datos en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, y, a partir de ello precisar el haz de facultades y de límites en que el derecho a la protección de datos consiste. En tal sentido afirmábamos que «el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.»

En la misma Sentencia delimitábamos el contenido del derecho afirmando que «consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.» Ahora bien, al igual que respecto de otros derechos constitucionales nos hemos ocupado de recordar que no tienen carácter ilimitado y, en concreto por lo que ahora importa, en la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre, precisábamos que «la Constitución menciona en el art. 105 b) que la ley regulará el acceso a los archivos y registros administrativos "salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas" (en relación con el art. 8.1 y 18.1 y 4 CE), y en numerosas ocasiones este Tribunal ha dicho que la persecución y castigo del delito constituye, asimismo, un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana. Bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE [por citar las más recientes, SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a); ATC 155/1999, de 14 de junio]. Y las SSTC 110/1984 y 143/1994 consideraron que la distribución equitativa del sostenimiento del gasto público y las actividades de control en materia tributaria (art. 31 CE) como bienes y finalidades constitucionales legítimas capaces de restringir los derechos del art. 18.1 y 4 CE».

Pues bien, de conformidad con la anterior doctrina, no cabe duda acerca de que el perfil de ADN del demandante de amparo obtenido a partir de su saliva identifica a la persona. Es más, en el caso sometido a nuestra consideración fue obtenido precisamente con fines identificativos y sólo identificativos a la vista de las regiones de ADN no

codificante que fueron analizadas. Ahora bien, no puede decirse que en el indicado perfil genético (el obtenido con efecto identificativo neutral) se incorporen otro tipo de datos que puedan contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona en sus aspectos «ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo» (STC 292/2000, acabada de citar), que es al ámbito de protección dispensada por el art. 18.4 CE.

En segundo lugar, ha de resaltarse que la identificación del demandante de amparo como la misma persona que portaba la prenda a modo de capucha al perpetrarse los hechos delictivos enjuiciados en el proceso *a quo*, no se produjo como consecuencia de la incorporación del perfil genético identificativo del demandante a una base de datos de personas sospechosas, sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que fueron obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de distintos hechos delictivos (*vid* el acta del juicio oral folio 131 de las actuaciones remitidas). En las resoluciones judiciales no se afirma que la condena del demandante de amparo traiga causa de la incorporación del perfil de ADN del demandante a una base de datos de sospechosos de haber cometido hechos delictivos, razón por la cual hemos de detener aquí nuestro análisis, toda vez que de haberse producido tal hipotética inclusión se trataría de una actuación sin incidencia en el acto del poder público frente al que se demanda amparo.

Por lo demás nada impediría al demandante reaccionar contra esta pretendida e hipotética conservación de su perfil de ADN solicitando la eliminación del perfil de la base de datos a la que afirma que se incorporaron, lo que no consta haberse efectuado, de suerte que la lesión denunciada no sólo se construye sobre hechos no acreditados cumplidamente sino que tampoco se habrían agotado los remedios disponibles para lograr su reparación primero ante la Administración y luego, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria en términos semejantes a los acontecidos en caso resuelto en la STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S y Marper c. Reino Unido*.

En tercer lugar, ya hemos señalado que la obtención de los caracteres identificativos del demandante a partir del análisis de los sectores no codificantes de su ADN se produjo para una finalidad constitucionalmente legítima como es la investigación de un grave delito relacionado con actividad de violencia callejera en la que el demandante de amparo admitía haber participado y a la que ya nos hemos referido con anterioridad. Pues bien, «el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, la STC 110/1984, FJ 5)». Pero es que tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvo, ni que haya sido objeto de cesión o tratamiento distinto de aquél para el que se obtuvo.

Consecuencia de todo lo expuesto es que ni en la obtención de la muestra biológica del demandante de amparo que éste arrojó voluntariamente, ni en la obtención del perfil de ADN a partir de la misma, ni, finalmente, en su comparación con el obtenido a partir de los vestigios hallados en el lugar de los hechos enjuiciados, se vulneraron los derechos fundamentales aducidos en la demanda que habrían convertido en ilícita la prueba fundamental sobre la que se sustenta la condena del demandante. Decae por ello la supuesta ilicitud de la prueba sobre la que se asienta la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

13. Resta por analizar la última de las vulneraciones de derechos fundamentales aducida por el demandante de amparo, relativa a la supuesta quiebra del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Tal vulneración se habría producido, según el demandante de amparo, al serle impuesta una pena de prisión de seis años cuando la legalidad aplicable no permitía ir más allá de los tres años. El Tribunal Supremo habría suplido las

omisiones de la Sentencia de la Audiencia Nacional justificando la imposición de la pena de seis años acudiendo a la remisión que efectúa el art. 266 *in fine* del Código penal al art. 351 CP. Sin embargo, sigue argumentando, ninguna referencia se hace en la Sentencia de la Audiencia Nacional al indicado artículo del Código penal y además en los hechos probados únicamente se habla de explosión, sin hacer referencia al incendio a que se refiere el art. 351 CP. De ahí que considere que la única pena posible vendría determinada por la aplicación de los arts. 266.1 y 4, en relación con el 568 CP, lo que no permitiría superar la pena de tres años.

Es doctrina constitucional reiterada (por todas, STC 153/2011, de 17 de octubre), que «es ajena al contenido propio de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos sancionadores y el control del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados, al ser esta una función que, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ordinarios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 7)». Consecuentemente el examen de toda alegación relativa a la aplicación de las reglas de determinación de la pena es cuestión de legalidad ordinaria cuyo control de constitucionalidad se ciñe a la exigencia de motivación de la resolución de modo que sea posible conocer el razonamiento judicial que condujo a la imposición de la condena concreta impuesta en la Sentencia y a que tal interpretación supere el canon de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad y el error patente. Sin olvidar que «también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológica –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas de la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 328/2006, de 20 de noviembre, FJ 6).

Pues bien, en el presente caso el Tribunal Supremo razona que la pena de seis años impuesta por la Audiencia Provincial resultaba de la aplicación de los preceptos manejados por la Sentencia de la Audiencia Nacional. Razonando que de la remisión contenida en el último inciso del art. 266 CP al art. 351 CP (aunque incurriendo en un error mecanográfico que el demandante reconoce como tal) para el caso de que se hubiera puesto en peligro la vida y la integridad física de las personas, resultaba imponible la pena de seis años merced a la rebaja que el precepto remitido admitía en atención a la entidad del daño y demás circunstancias. Con ello el Tribunal Supremo completó la argumentación jurídica empleada en la Sentencia de la Audiencia Nacional que a la hora de determinar la pena no hizo sino mención al art. 266 CP sin individualizar el apartado de éste que utilizaba para la determinación de la pena, pero que resultaba fácilmente discernible atendido que al ocuparse de la determinación de la pena se refería expresamente a los graves riesgos para las personas y las cosas derivados del método empleado (explosivo), así como al resultado producido por el aparato explosivo-inflamable identificado en los hechos probados de la Sentencia. De ahí que, conteniendo la Sentencia del Tribunal Supremo una argumentación precisa y que en absoluto puede tildarse de irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, aun cuando el demandante pudiera discrepar de la procedencia de la remisión penológica a que se ha hecho referencia, ha de rechazarse la vulneración del derecho a la legalidad penal. Por lo demás no huelga destacar que, a tenor de lo afirmado en el fundamento segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, en el recurso de casación «nada se argumenta sobre este punto», de suerte que, además, puede concluirse que el demandante no utilizó todos los medios a su alcance para propiciar un planteamiento del Tribunal Supremo en los términos y con la perspectiva que ahora trae ante nosotros.

Todo lo anterior conduce a la desestimación de la demanda de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la demanda de amparo formulada por don Orkatz Gallastegi Sodupe.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de diciembre de dos mil trece.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Enrique López y López.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 9530-2005, avocado al Pleno, al que se adhiere el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Pleno, expreso mi discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de la Sentencia. En mi opinión, en virtud de los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno y que expongo a continuación, el recurso de amparo debió ser estimado.

1. Mi discrepancia se cifra no sólo en el fallo que desestima el recurso presentado sino también, y muy especialmente, en la forma de construcción del canon de constitucionalidad aplicable al supuesto enjuiciado, que cobra mayor importancia por tratarse de la primera vez que este Tribunal se pronuncia sobre las garantías que deben ser respetadas en la toma subrepticia de muestras biológicas expulsadas voluntariamente por una persona sometida a investigación por delito, que además se encuentra detenida bajo custodia policial. La Sentencia de la mayoría elude la discusión *iusfundamental* propia de nuestra jurisdicción, cuya ineludible función es la tutela de los derechos fundamentales y no la mera revisión en tercera instancia de la razonabilidad de las condenas penales a la luz de la legalidad ordinaria. Lo que nos compete es la definición y delimitación del derecho fundamental a la intimidad aquí comprometido, y para ello la referencia a nuestra propia doctrina es ineludible, como punto de partida sobre el que plasmar las peculiaridades de los supuestos como el del presente recurso de amparo.

Conforme a nuestra doctrina, la injerencia en el ámbito de la intimidad a efectos de la investigación de un delito, requiere con carácter general en primer lugar que exista una previsión legal que permita la injerencia, y en segundo lugar la pertinente autorización judicial (STC 37/1989, de 15 de febrero, referida a la realización de una exploración corporal; y STC 207/1996, de 16 de diciembre, referida al corte de un cabello para detectar el consumo de cocaína), y siempre de conformidad con los criterios de proporcionalidad de la intervención. Hemos dicho que únicamente en caso de acreditadas razones de urgencia, puede excluirse el segundo requisito –autorización judicial– cuando se trate de inspección o reconocimiento, o de intervención corporal leve, manteniendo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad (STC 70/2002, de 3 de abril). Como ahora aludiré con más detalle, la Sentencia de la mayoría desdibuja estos criterios renunciando a establecer con claridad los límites en relación con las pruebas del ADN en cuanto a la recogida de muestras y a la competencia para dictar la orden de análisis de las mismas. Se asume así una interpretación a la baja por lo que respecta a la exigencia de autorización judicial, a la vez que de forma voluntarista se afirma que en el presente caso concurría una necesidad urgente que justificaba la actuación policial de toma y análisis de las muestras de saliva recogidas en las propias dependencias policiales.

2. En el fundamento jurídico 2 se aborda el examen de la queja sobre la vulneración del art. 14 CE, en la que se ponía de relieve el hecho de que el propio recurrente había sido juzgado en dos ocasiones en el plazo de pocos meses, por sendos delitos de violencia callejera y que, habiendo recurrido en casación por infracción de ley e infracción de preceptos constitucionales, fue absuelto del primer delito en STS 501/2005, de 19 de abril (Ponente Sr. Delgado García), por considerar el Tribunal que el análisis del ADN efectuado a partir de una muestra de saliva –en condiciones idénticas a las del caso que ahora nos ocupa–, no se practicó con las debidas garantías debido a la falta de autorización judicial. Mientras que respecto al segundo delito, la STS 1311/2005, de 14 de octubre (Ponente Sr. Martín Pallín), ahora impugnada en amparo, consideró legítima esa misma forma de obtención del análisis.

La Sentencia descarta la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por faltar la referencia a otra persona, pero atendiendo a exigencias de la tutela judicial efectiva recuerda acertadamente, conforme a nuestra doctrina, que no puede considerarse debidamente motivada una resolución que se contraponen en lo esencial a otra dictada anteriormente para un supuesto idéntico en los datos de relevancia jurídica, sin que se expresen o se puedan inferir las razones del cambio de orientación. No obstante, concluye que no existe tal vulneración porque la resolución impugnada «expresa las razones para tal cambio de orientación». Esta es una muy forzada conclusión porque de la lectura de ambas resoluciones de tan diferente desarrollo argumentativo –extenso y detallado la primera, y exiguo y apodíctico la segunda–, puede constatarse que en esta última ni siquiera se hace mención a la anterior resolución de cuyo criterio se aparta. La única explicación que se aporta para considerar que no era necesaria la previa autorización judicial, se agota en la afirmación de que «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 del saliva se convierten así en un objeto procedente del cuerpo del sospechoso, pero obtenido de forma totalmente inesperada» (fundamento jurídico 1, apartado 2). Argumento que se limita a resaltar la diferencia del supuesto de obtención subrepticia de una muestra respecto a la obtención con invasión corporal en mayor o menor grado sobre el sospechoso. Diferencia evidente en ese punto con otros casos en los que se requiere inspección de órganos corporales internos donde pudieran alojarse por ejemplo objetos del delito. Pero la singularidad del supuesto que nos ocupa no reside en la injerencia en la intimidad corporal por registro o intervención física, que si fuera necesaria podía ser bien liviana, sino en la naturaleza del resto biológico susceptible de ofrecer información genética que entra de lleno en el ámbito constitucionalmente protegido de la intimidad. Esa singularidad, asociada a la de la prueba pericial de ADN, es a la que atiende de forma detallada la anterior STS 501/2005, a lo largo de extensos fundamentos jurídicos (FFJJ 3, 4 y 5) donde subraya cómo la carencia de regulación legal hasta la Ley Orgánica 15/2003 no empece que estas pruebas, «como cualesquiera otras han de ser obtenidas y aportadas al proceso con todas las garantías exigidas por nuestra Constitución y nuestras leyes procesales. Y esto hemos de comprobarlo nosotros, como ya ha quedado dicho, en este recurso de casación cuando, como aquí ocurrió en el motivo 4 que estamos examinando, se alega infracción de precepto constitucional arts. 5.4 LOPJ u 852 LECrim) con referencia al art 24.2 CE en su apartado relativo a la presunción de inocencia» (fundamento jurídico 3, apartado 1). A continuación la referida Sentencia ofrece un recorrido por las normas de la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 326, 332, 334 y 336) que ordenan que sea el Juez de instrucción o quien haga sus veces quien recoja los vestigios o pruebas materiales del delito, ordenando que todo se documente en las correspondientes actuaciones procesales a fin de que pueda utilizarse como prueba preconstituida practicada con las garantías legalmente exigidas. Y recuerda que la actuación policial solo puede tener validez de prueba preconstituida cuando se trata de intervenciones perentorias cuya urgencia deriva del peligro de pérdida o sustracción o razones similares que impiden acudir al Juez para que sea éste el que ordene la

actuación. Asimismo reitera que la intervención judicial es obligada en principio y por regla general, apoyándose en nuestra STC 303/1993, FJ 4, donde establecíamos la excepcionalidad de esos supuestos de urgencia en los que la policía actúa «a prevención de la Autoridad judicial».

La misma STS 501/2005 insiste más adelante en que «no podemos olvidar, además, que en la práctica de estas pruebas del ADN, tiene particular relieve la toma de muestra indubitada, de modo que en este 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 muestras pueda ser considerad, con las garantías debidas, como una verdadera y propia muestra indubitada». Avanzando en su razonamiento, argumenta que incluso en la hipótesis de que hubieran concurrido razones de urgencia en la actuación policial al recoger la muestra biológica en la celda del recurrente, la falta de autorización judicial para proceder a análisis del ADN sobre la citada muestra conduce asimismo a la ilicitud de la prueba. Pues si bien a partir de la Ley Orgánica 15/2003 se ha especificado en el art. 363 párrafo segundo, que es el Juez de Instrucción, en resolución motivada quien puede acordar la obtención de muestras biológicas para la determinación de su perfil de ADN, el propio tenor del párrafo primero del mismo art 363 referido a la práctica de «análisis químicos», ya ofrecía suficiente base para entender que los análisis de ADN debía quedar sometidos a la misma previsión (fundamento jurídico 4, apartado 3).

Ante la cuidada argumentación en la que la STS 501/2005 sustenta la exigencia de autorización judicial tanto para la recogida de muestras biológicas como para disponer el análisis del perfil de ADN de las mismas, no puedo sino disentir de la conclusión de la Sentencia de la mayoría respecto a la suficiencia y razonabilidad de la motivación de la STS 1311/2005 impugnada en este amparo, para fundar el cambio de criterio. La llamativa insuficiencia de motivación de ésta, en claro contraste con la anterior sentencia de la Sala de lo Penal dictada en asunto prácticamente idéntico, debiera haber conducido al otorgamiento del amparo.

La preocupación por el alcance y la legitimidad de los análisis de ADN en el ámbito del proceso penal queda plasmada en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 13 de julio de 2005, ante la que se planteó la siguiente cuestión. «¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis del ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada?». Como se desprende de este acuerdo la duda planteada no versaba sobre la necesidad de autorización judicial, considerada evidente, sino sobre el déficit de legitimidad derivado de la ausencia de previsión legal sobre la necesidad de otros requisitos adicionales como podrían ser aquéllos referidos a la gravedad del delito o a la necesidad de consentimiento informado.

El posterior «Acuerdo no jurisdiccional» de la misma Sala, de 31 de enero de 2006, se adoptó precisamente a la vista de la patente diferencia de criterio entre las dos sentencias que afectaron al demandante de amparo en el presente amparo. Este último acuerdo únicamente se pronuncia sobre una parte de la controversia, la relativa a la «toma o recogida» de muestras, respecto a las que se dice que «la Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial». Afirmación que no excluye la aplicabilidad de la regla general que conduciría a exigir que, de inmediato, se ponga en conocimiento de la autoridad judicial, y en todo caso, que únicamente por orden judicial podrán someterse dichas muestras al análisis del ADN.

3. En cuanto al examen de las cuestiones que suscita la recogida de saliva, la demanda aducía que la prueba por la que se le ha condenado es una prueba ilícitamente obtenida, por cuatro razones: a) falta absoluta de intervención judicial en la toma de la muestra indubitada; b) falta de resolución judicial que autorizara la prueba pericial de ADN; c) realización del análisis sobre muestras obtenidas y conservadas subrepticamente; d) falta de documentación en acta de la recogida de la muestra y de la cadena de custodia de la misma. Pues bien, en el fundamento jurídico 4 de nuestra

Sentencia el primer aspecto queda resuelto demasiado rápidamente indicando que el recurrente no fundamenta su queja en la vulneración de derecho fundamental alguno, sino únicamente en la de preceptos de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo cual resulta insuficiente para que este Tribunal entre en el fondo. Sin embargo, del conjunto de la demanda se infiere con claridad que el recurrente aduce la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías y la vulneración del derecho de defensa, precisamente acudiendo al efecto a una extensa cita de la STS 501/2005 antes referida, que absolvió al recurrente acogiendo el motivo de casación planteado por infracción de preceptos constitucionales.

En cuanto a la recogida subrepticia de la muestra, el recurrente se queja fundamentalmente por la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías y de su derecho de defensa, aunque también del derecho a no declarar contra sí mismo y a no colaborar con las autoridades encargadas de la investigación, que son las únicas facetas en las que se detiene nuestra Sentencia. A tal efecto acude a una cita parcial de la STC 161/1997, de 2 de octubre, de dudosa relación con este caso, ya que se refiere a una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra la tipificación penal de la negativa a someterse a pruebas de detección alcohólica; dudosa relación porque para tales pruebas se cuenta con una previsión legal expresa, y porque el Tribunal ofrecía cumplida fundamentación del deber de los conductores de someterse a tales pruebas. Así pues, la larga cita extraída del fundamento jurídico 6 de la STC 161/1997, que se reproduce en la Sentencia de la mayoría [FJ 4 b)], no aporta nada a la resolución del presente amparo pues el demandante no se ha sustraído en ningún momento a requerimiento de práctica de una diligencia de prevención, indagación o prueba. Lo que el demandante alega es una cosa bien distinta: que la recogida subrepticia de la muestra biológica, mientras estaba detenido, constituyó una vulneración de su derecho a no declarar contra sí mismo.

4. En cuanto a la ausencia de orden judicial para la práctica de la prueba, cuestión sustancial de la demanda, nuestra Sentencia dice que al respecto no se ofrece argumento de calado constitucional, observación que deriva de nuevo de una lectura segmentada de las quejas agrupadas en los fundamentos de la referida demanda. La lectura del conjunto del fundamento segundo de ésta permite comprobar que se especifica claramente la queja sobre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. La Sentencia conecta esta cuestión con la queja sobre vulneración del art. 18.4 CE (recogida en el fundamento tercero de la demanda junto con la denuncia de vulneración del art. 18.1 CE), para proceder, a continuación, a su análisis desde esta perspectiva. Del desarrollo que se realiza de esta cuestión deben destacarse los siguientes extremos:

a) Se recoge la referencia a las SSTC 25/2005 y 206/2007, que contienen nuestra doctrina y los criterios más relevantes para el caso que nos ocupa, el canon de las garantías en materia de intervenciones sobre la intimidad, concretamente: a) exigencia de previsión específica por ley de la medida que resulte limitativa del derecho fundamental; b) adopción mediante resolución judicial especialmente motivada; y c) idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en relación con un fin constitucionalmente legítimo. Éstos son los aspectos esenciales que deberían haberse tenido en cuenta en relación con nuestra doctrina, pero la Sentencia no se refiere a ellos, sino que incide en las diferencias entre los casos tratados en aquellas resoluciones y el supuesto que nos ocupa. Así se dedica a poner de relieve que se trataba de aspectos relativos a la esfera reservada o íntima de las personas concernidas, como eran el consumo de drogas y el consumo de alcohol, omitiendo que ambas Sentencias imponen aquellas exigencias de previsión legal y control judicial para la realización de pruebas que afectan a la intimidad de la persona sin el consentimiento del interesado (ambos supuestos se referían a la utilización policial de muestras de sangre tomadas a efectos meramente terapéuticos, para demostrar el consumo de drogas o alcohol).

b) Se da cumplida cuenta de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN; doctrina que

también establece la exigencia de vinculación de la persona sospechosa cuyo perfil de ADN se analiza, con un delito concreto objeto de investigación, excluyendo la validez de los análisis realizados para investigaciones de carácter general o prospectivo. Sin embargo, nuestra Sentencia no asume todas las consecuencias que derivan de la citada doctrina, y paradójicamente llega a conclusiones de signo opuesto apoyándose en argumentos cuestionables. Así, cuando se afirma, que la incidencia material de la recogida de muestras en la esfera de la intimidad personal del demandante ha sido escasa, cuando no nula, porque el análisis se había limitado a las regiones no codificantes de ADN. Por el contrario, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la simple posibilidad de identificación supone ya afectación a la intimidad. Y, en segundo lugar, la Sentencia de la mayoría subraya que la toma de muestras no iba dirigida a la investigación de un concreto delito, sino a la identificación genética del actor con el objeto de averiguar la posible coincidencia de su ADN con el encontrado en objetos utilizados en la comisión de diversos delitos de violencia callejera. En efecto, en el fundamento jurídico 11 de la propia Sentencia se reconoce expresamente que el perfil de ADN obtenido de la muestra biológica tomada subrepticamente en dependencias policiales al demandante se sometió a «comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que fueron obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de distintos hechos delictivos».

En definitiva, parece claro que la policía tomó la muestra biológica y obtuvo el perfil de ADN del demandante (así como de otras personas igualmente detenidas) para poder efectuar un análisis prospectivo respecto a un conjunto indeterminado de muestras biológicas halladas en un número igualmente indeterminado de hechos delictivos. Y no deja de ser llamativo que, tal como resulta de los hechos probados en las ya citadas Sentencias 501/2005 y 1311/2005 del Tribunal Supremo, en el corto periodo de seis meses, la policía vasca detuviera al actor en dos ocasiones (abril y octubre de 2002) y que, en las dos ocasiones, procediera a tomarle muestras biológicas sin autorización judicial y con arreglo al mismo procedimiento subreptico, lo que luego será utilizado como prueba de cargo en sendos procesos penales por hechos cometidos los días 3 de noviembre de 2011 y 15 de marzo de 2002, respectivamente.

c) En cuanto a la cobertura legal, o más bien en cuanto a su ausencia, la Sentencia (FJ 9) se apoya en la STC 173/2011, referida a la intervención y examen de un ordenador portátil en relación a un caso de pornografía infantil; pero, en tal supuesto, el ordenador había sido entregado voluntariamente por el interesado al servicio técnico de reparaciones, sin limitaciones en cuanto a su examen, lo que le diferencia del presente supuesto en el que el objeto –la muestra de saliva– se obtiene sin conocimiento del sujeto. Respecto a la urgencia en el acceso a datos de la intimidad, en aquel caso se fundamentaba en el peligro de la desaparición inmediata o borrado de datos desde otra terminal. Peligro de pérdida que en el caso que nos ocupa la resolución impugnada no lo alega en ningún momento. Tampoco se encuentra referencia alguna a que existiera imposibilidad o dificultad de algún tipo que pudiera haber impedido poner en conocimiento inmediato de la autoridad judicial las actuaciones practicadas.

d) En fin, los argumentos para descartar la necesidad de orden judicial para proceder al análisis de ADN apelando a una hipotética concurrencia de circunstancias excepcionales, resultan contradictorios con la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos referida en la propia Sentencia de la que discrepo. Por otro lado, son argumentos que se traducen en meras afirmaciones voluntaristas, como cuando se dice de forma tan genérica que «las circunstancias concretas del caso, consideradas en su globalidad», sin más especificación, «requerían una actuación urgente» para evitar el riesgo de degradación de la muestra biológica y para asegurar la cadena de custodia.

Asimismo, cuando se afirma que «la merma de control judicial que podría haberse derivado de la falta de la autorización judicial se vio desvanecida (*sic*) por la aportación al proceso del resultado del análisis comparativo realizado tan pronto como estuvo disponible ... momento a partir del cual la autoridad judicial se encontraba en disposición de realizar el juicio de ponderación sobre la diligencia pericial efectuada, así como de

acordar la práctica de un nuevo análisis» se invierte el asentado modelo constitucional de tutela, basado en la autorización judicial previa como regla general para la realización de pruebas periciales que afectan a derechos fundamentales; una tal laxitud avoca a que los jueces puedan quedar excluidos de la autorización previa y que baste la iniciativa policial de recogida y análisis de muestras biológicas, e incluso pueden quedar excluidos del control *a posteriori* cuando en función de los resultados de los análisis policiales, aquellos que resulten negativos no sean comunicados a la autoridad judicial ni aportados a proceso judicial alguno; esto es, se prescindiría de la garantía de control y dirección judicial de tales diligencias, cuya práctica quedaría a discreción de la policía.

5. La Sentencia de la mayoría no se enfrenta ni resuelve la cuestión central: las garantías que deben ser respetadas en la toma subrepticia de muestras biológicas expulsadas voluntariamente por un sujeto detenido en dependencias policiales. En su lugar, opta por acumular argumentos marginales a la cuestión debatida, incluso realizando un uso descontextualizado de citas de nuestra propia jurisprudencia. Junto a este forzado acarreo de argumentos de escasa solidez, la Sentencia se apoya esencialmente en tres criterios: a) la no necesidad de autorización judicial previa; b) la suficiencia de las cláusulas de los arts. 282 de la Ley de enjuiciamiento criminal y 11.1 de la Ley Orgánica de las fuerzas y cuerpos de seguridad como marco legal de legitimación para la recogida y análisis de muestras (sin tener en cuenta que la peculiar naturaleza de tales muestras contiene un potencial informativo que nos sitúa en el ámbito de la intimidad); y c) la proporcionalidad de la actuación de recogida y análisis de las muestras, atendiendo a la limitada incidencia *de facto*, o *a posteriori* en el derecho a la intimidad. En definitiva, se afirma el carácter «inocuo» de la injerencia (mera recogida, sin toma forzosa), dado que la utilización concreta de la información extraída del ADN obtenido se limitó a la faceta meramente identificativa, y dado que el eventual riesgo para el acceso a información de mayor calado no llegó a materializarse; también se afirma que no consta la existencia de un almacenamiento de los datos y con ello se elude la contestación a la queja basada en la lesión del art. 18.4 CE.

La Sentencia de la que disiento rehúye el contraste con el texto constitucional minimizando la fuerza normativa de la Constitución, como si la vinculación de los poderes públicos a la Magna Carta fuera meramente de carácter negativo. Sin embargo, no hay duda de que la vinculación de los poderes públicos a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución (arts. 9.1 y 53.1 CE) es, precisamente, todo lo contrario a una mera vinculación negativa. Los derechos fundamentales no solo contienen derechos de defensa del individuo frente al poder público, sino también decisiones axiológicas inherentes a la propia Constitución, de las que se derivan mandatos de protección para los órganos del Estado. Ciertamente, la Constitución se limita a enunciar la necesidad de protección como objetivo ineludible, pero deja su concreta configuración legal a los órganos estatales competentes, quienes gozan de un amplio ámbito de discreción a la hora de cumplimentar aquellas obligaciones de protección. Por ello, no es aceptable un razonamiento como el que utiliza la mayoría en la Sentencia, que conduce a afirmar que no se vulneró la Constitución porque ésta no impone expresamente la reserva jurisdiccional en el ámbito del derecho a la intimidad y porque el legislador nada o casi nada había regulado al respecto en el momento de los hechos enjuiciados.

La perspectiva que se impone ante la necesidad de dotar de eficacia a los derechos fundamentales y por la propia obligación de tutela que incumbe a este Tribunal no puede ser la acogida en la Sentencia de la mayoría. El legislador orgánico de los derechos fundamentales está inexcusablemente obligado a regular de forma precisa los supuestos de legitimidad de una injerencia típica como la que subyace al presente recurso de amparo. La intervención del legislador resulta imprescindible y desde este Tribunal debe urgirse para que quede cubierto el actual vacío legislativo.

La Sentencia de la mayoría admite (fundamento jurídico 6 *in fine*) que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo supuso ya una injerencia en el derecho a la «privacidad» por los riesgos potenciales que de tales análisis pudieran derivarse. Pero no extrae las consecuencias jurídico-constitucionales oportunas de la referida afirmación, ya

que si se admite que tal análisis constituye una injerencia en el ámbito de protección de un derecho fundamental, la consecuencia jurídica necesaria debe ser exigir la pertinente regulación legal que establezca cuándo puede la policía tomar o recoger muestras biológicas de sospechosos detenidos para efectuar diligencias de investigación, con el fin de identificar a los autores de hechos delictivos. Es de todo punto necesario que se fijen por ley los criterios relativos a la entidad o gravedad que deben ostentar los delitos cuya investigación justifique la recogida de muestras biológicas de identificación del perfil de ADN, y que se establezca la clase de indicios o sospechas que facultarían para tal injerencia. De forma acorde con el principio de proporcionalidad, la regulación legal debe acoger entre sus criterios la adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego. Finalmente, esa regulación debe contener las garantías necesarias de respeto del núcleo intangible. La falta de la pertinente regulación legal conlleva la ausencia de previsión de las garantías y salvaguardas imprescindibles dirigidas a evitar que las injerencias afecten o penetren en el núcleo absolutamente protegido de la intimidad personal, en concreto, en relación con nuestro caso, para evitar que se practiquen análisis genéticos de forma indiscriminada, con finalidad prospectiva general y sin suficiente base indiciaria.

6. Las disposiciones generales que, como cobertura de la actuación policial, menciona la Sentencia de la que discrepo, no son disposiciones reguladoras de la injerencia, sino disposiciones que describen las funciones policiales en términos muy genéricos. Que el art. 282 LECrim señale que es obligación de la policía judicial averiguar los delitos y practicar las diligencias necesarias para ello, no es suficiente desde el punto de vista constitucional: no contiene pronunciamiento alguno acerca de hasta qué punto pueden restringirse los derechos fundamentales de los sujetos objeto de investigación. Igualmente, que el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de seguridad establezca las funciones de dichos cuerpos (investigar delitos, asegurar instrumentos, efectos y pruebas...) no nos dice nada sobre si pueden entrar en el domicilio de los sospechosos, abrir cartas, intervenir teléfonos, colocar aparatos de escuchas, utilizar el detector de mentiras, etc. La Sentencia de la mayoría confunde la perspectiva cuando apela a meras normas organizativas que atribuyen funciones a los cuerpos y fuerzas de seguridad, para legitimar la ausencia de la autorización judicial. Tales normas en ningún caso pueden ser la fuente de cobertura de la constitucionalidad de una intervención o injerencia sobre derechos fundamentales. En todo caso, las fuerzas y cuerpos de seguridad, según tales preceptos organizativo-funcionales, no dejan de estar obligadas a poner a disposición judicial de inmediato los objetos, instrumentos, huellas o elementos encontrados en el lugar de la comisión del delito, de manera que no queda legitimada una iniciativa ulterior encaminada a realizar análisis sensibles para los derechos fundamentales.

Esto nos lleva a concluir que la única cobertura legal en el momento de los hechos la ofrecía el art. 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal (en la versión previa a la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre), que exigía intervención judicial para la realización de análisis químicos. Criterio que, a falta de previsión legal más específica, podría extenderse analógicamente a los análisis de perfil de ADN, y, conforme al cual, sin intervención judicial no habría cobertura legítima para aquella obtención de la prueba que condujo a la posterior condena del demandante. Sin embargo, la Sentencia de la mayoría declara la «muerte civil» de un precepto que impone categóricamente la reserva jurisdiccional, y la descalificación es sorprendente porque se basa en considerar que la Ley no puede incorporar un requisito que la Constitución no haya exigido expresamente, como si al legislador le estuviera vedado adoptar la decisión de fijar la garantía que considere adecuada en cumplimiento del cometido de tutela que la Constitución le impone. A la vez, llama la atención que se tache de obsoleto aquel precepto –sin duda vetusto como la decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal, pero no por ello desacertado– que requiere la intervención judicial para realizar análisis químicos, atribuyendo a dicha previsión de control judicial una hipotética finalidad de contención del gasto público y no como parece más plausible, la finalidad de garantizar la menor

injerencia en las libertades de los ciudadanos o, en palabras de hoy, de tutela de los derechos fundamentales. Pues bien, el vaciamiento del contenido normativo de un precepto legalmente vigente contradice de manera frontal el canon de interpretación que se desprende del art. 3.1 del Código civil, según el cual las normas han de interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, en particular desde la realidad social conformada por el sistema de valores que la Constitución española proclama, y no desde las necesidades o problemas de la sociedad de hace dos siglos. Por todo ello, tendría que haberse concluido que, a falta de previsión legal específica, el criterio de reserva jurisdiccional consagrado por el referido precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal resultaba aplicable analógicamente a la práctica de la prueba discutida, lo que implicaba, en suma, la necesaria intervención judicial previa.

7. Conforme a lo expuesto, a mi juicio, la realización de los análisis de las muestras de saliva ordenadas por la policía sin contar con habilitación legal al efecto, supuso una invasión de la esfera privada del recurrente, llevada a cabo sin su consentimiento ni su conocimiento, sin autorización judicial y sin haberse acreditado la urgente necesidad de la intervención policial y no habiéndose emitido en las resoluciones impugnadas juicio alguno acerca de la proporcionalidad de la medida adoptada, por lo que habría que haber concluido que se lesionó el art. 18.1 CE, en relación a la intimidad personal, así como el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haberse utilizado el análisis de ADN como elemento probatorio en el proceso.

Más allá de la resolución del concreto recurso de amparo, la forma de argumentar de la presente Sentencia me suscita una enorme preocupación por el rumbo que puede tomar nuestra jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, ya que un razonamiento tan apegado a la legalidad ordinaria e incluso reductora de ésta, corre el riesgo de conducir a una banalización de la Constitución en un ámbito tan importante como éste.

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil trece.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Andrés Ollero Tassara respecto a la Sentencia del Pleno de este Tribunal de fecha 5 de diciembre de 2013 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 9530-2005

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría deo constancia de mi opinión discrepante, puesta ya de manifiesto durante la deliberación de la Sentencia, tanto respecto de la fundamentación jurídica como del fallo.

1. Las exigencias derivadas del art. 18 CE han venido explicitándose progresivamente con particularidad claridad. Se partió de la protección del derecho a la intimidad, contemplada en su epígrafe primero, entendiéndose que el cuarto era una mera llamada de atención sobre la posible incidencia sobre ella derivada del «uso de la informática». Con el tiempo, sin embargo, el art. 18.4 acabó desvelando un nuevo derecho de protección de datos personales con las particulares exigencias de lo que acabó caracterizándose como autodeterminación informativa. El art. 18.1 protegía la posibilidad de mantener un «ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana», haciendo particular hincapié en aspectos personales particularmente sensibles; el art. 18.4, por su parte, garantizaba un «poder de control» por parte del ciudadano sobre sus datos personales, del tipo que fueran, que no podrían ser utilizados sin su consentimiento salvo que se llevara a cabo con cobertura legal.

Buena parte de mi discrepancia viene determinada por haberse centrado la Sentencia de modo casi exclusivo en la posible vulneración del art. 18.1, pese a que el recurrente lo invocó de continuo emparejado con el art. 18.4. De hecho, mientras que los fundamentos

jurídicos 3 a 10 giran en torno a las consecuencias de una posible vulneración del primero, sólo el fundamento jurídico 11 acaba ocupándose del art. 18.4, a mi modo de ver, insatisfactoriamente.

2. Se nos presenta en el fundamento jurídico 11, en efecto, como punto de arranque de la delimitación del objeto del derecho a la protección de datos, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, como si se hubiera intentado solo «a partir de ello precisar el haz de facultades y de límites en que el derecho a la protección de datos consiste». En realidad seis años antes la STC 143/1994, de 9 de mayo, aun sin una nítida distinción entre dicho derecho y el relativo a la intimidad, apelando a la no muy afortunada fórmula italiana de la «libertad informática», planteaba ya en su fundamento jurídico 7 exigencias tan poco irrelevantes como esta: «un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta». En ello insistiría también el fundamento jurídico 4 de la STC 94/1998, de 4 de mayo, mientras que el fundamento jurídico 2 de la STC 202/1999, de 8 de noviembre, apostillaba: «la garantía de la intimidad adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona»; caracterizado como *habeas data* en obvio paralelismo con el *habeas corpus*.

Quedaba pues ya claro el reconocimiento de un poder de control sobre datos personales respecto a injerencias ajenas, incluso motivadas por fines legítimos, fuera cual fuera el carácter más o menos sensible de los datos en cuestión. Solo el consentimiento personal o el respaldo legal al tratamiento y uso de dichos datos, vinculado siempre a una finalidad determinada, podría considerarse respetuoso con la Constitución.

3. La Sentencia de la que discrepo analiza pormenorizadamente la repercusión sobre el art. 18.1 de la recogida de ADN procedente de un esputo arrojado en dependencias policiales por un detenido. No parece, sin embargo, conferir mayor relevancia al hecho de que dicha muestra fuera cotejada con la obtenida de una camiseta abandonada en el contexto de actos de violencia callejera por uno de sus desconocidos protagonistas, cuyo ADN fue incluido en una base de datos sin cobertura legal. La situación es llamativa, dado que el citado fundamento jurídico 11 no deja de exponer con todo rigor el ámbito de acción del derecho de protección de datos, más amplio que el de la intimidad protegida por el art. 18.1. Valga aludir al «poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular». Parece, sin embargo, convertir en contra de lo ya apuntado su alusión a un fin legítimo –«la persecución y castigo del delito»– en salvoconducto suficiente para que pudieran manejarse los datos sin mayores exigencias. Igualmente con su referencia a si los datos podían o no «contribuir a configurar un perfil o caracterización de la persona» confunde las exigencias del art. 18.1 con las del epígrafe cuarto. No resulta por último verosímil dar crédito a que el cotejo entre el ADN obtenido del esputo y el procedente de la anónima camiseta, meses antes abandonada, pudiera llevarse a cabo sin recurso a base de datos alguna, con el mero argumento de que «en las resoluciones judiciales no se afirma».

La exigencia de dicha cobertura legal acabó viéndose confirmada por el apartado cuarto de la disposición final primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Su relevancia queda elocuentemente reflejada en la exposición de motivos de la posterior

Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, que recuerda cómo en el año 2003 «se reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de proporcionar cobertura jurídica, de la que carecían hasta entonces, a determinadas prácticas de investigación», pasándose a «regular la posibilidad de obtener el ADN a partir de muestras biológicas provenientes de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de manera que dichos perfiles de ADN puedan ser incorporados a una base de datos para su empleo en esa concreta investigación». Ello dejaba ya al descubierto «carencias» derivadas de exigencias constitucionales años antes reconocidas, sin perjuicio de que más tarde se pusieran de relieve otras derivadas de «la insuficiencia de la regulación vigente para satisfacer tanto las posibilidades técnicas y las demandas ciudadanas, como los compromisos internacionales progresivamente adquiridos por nuestro país en materia de intercambio de perfiles de ADN para las investigaciones de determinados delitos».

La Sentencia ha perdido pues una estupenda oportunidad para sentar doctrina sobre la posible incidencia en la protección derivada del art. 18.4 del almacenamiento de datos personales de titular no identificado, pero recogidos precisamente para hacer posible su identificación, sin la exigible cobertura legal. La alusión a que «tampoco consta que el perfil haya sido utilizado para una finalidad distinta de aquella para la que se obtuvo» resulta poco inteligible, por no existir ley previa que indicara cuál habría de ser dicha finalidad.

4. Todo invita pues a pensar que se han utilizado como prueba elementos procedentes de una base de datos que no cumplía con las exigencias constitucionales derivadas del art. 18.4 CE, lo que habría llevado a estimar el recurso de amparo. Por todo ello me veo obligado a emitir mi Voto particular.

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil trece.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.