

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**2647** *Pleno. Sentencia 23/2014, de 13 de febrero de 2014. Recurso de amparo 3488-2006. Promovido por don Unai Mallabia Sánchez, doña Maiara Mallabia Sánchez y don Aitor Fernández Terceño en relación con las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que les condenaron por los delitos de daños terroristas y tenencia de aparatos inflamables con finalidad terrorista. Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, protección de datos, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia: consideración como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial (STC 199/2013), prueba indiciaria suficiente (STC 135/2003). 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 avocado al Pleno núm. 3488-2006, promovido por don Unai Mallabia Sánchez, doña Maiara Mallabia Sánchez y don Aitor Fernández Terceño, representados por el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas y asistido por el Abogado don Kepa Manzísidor, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 14 de febrero de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 179-2006, interpuesto contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 11 de marzo de 2005, dictada en el rollo 17-2002. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Presidente del Tribunal, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 28 de marzo de 2006, el Procurador de los Tribunales don Javier Cuevas Rivas, en la representación indicada, formuló demanda de amparo contra las resoluciones judiciales a las que se ha hecho referencia en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos de los que trae causa la presente demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Sentencia de 11 de marzo de 2005, por la que se condenó a los demandantes de amparo como autores de un delito de daños terroristas a la pena de dos años y nueve meses de prisión, inhabilitación absoluta por seis meses más del tiempo de la condena y multa de dos mil euros; y como autores de un delito de tenencia de aparatos inflamables con finalidad terrorista a la pena de cinco años de prisión, inhabilitación absoluta por seis años más del tiempo de la condena y al pago de las costas.

Según el relato de hechos probados, los demandantes, en unión de alguna otra persona más sin identificar y siguiendo las consignas o con intención de coadyuvar a los fines que persigue ETA, simularon que se había producido un accidente colocando un ciclomotor caído en la vía pública y a su conductor tendido en posición fetal, logrando así que se detuviera un autobús que circulaba por la calle. Posteriormente hicieron salir del autobús al conductor y al único pasajero que viajaba en él y lanzaron cócteles molotov incendiando totalmente el autobús, el cual quedó calcinado. En la huida abandonaron las prendas con las que cubrían sus rostros mientras perpetraron los hechos descritos, prendas que fueron recogidas por la policía procediéndose al análisis del ADN de restos biológicos hallados en ellas, los cuales coincidían con el obtenido a partir de colillas arrojadas en la vía pública por los acusados después de usarlas.

b) Los demandantes de amparo interpusieron recurso de casación contra la Sentencia, por infracción de precepto constitucional, invocando, en lo que ahora interesa, la lesión de sus derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE), así como a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

c) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo dictó la Sentencia núm. 179/2006, de 14 de febrero, mediante la que desestimó el recurso de casación presentado por los recurrentes, confirmándose así el pronunciamiento condenatorio de instancia.

3. En la demanda de amparo se aduce:

a) En primer lugar, la vulneración del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) a causa de que el análisis del perfil genético de los recurrentes fue realizado por la policía autonómica sin ningún tipo de control. Se afirma que esta prueba se realizó tras haber recogido un agente una colilla de cigarrillo arrojada por cada uno de los recurrentes cuando se encontraban en la calle, confrontándose con los restos genéticos hallados en las prendas utilizadas durante la actuación delictiva. Considera que tal análisis, pese a no suponer una intervención corporal, habría precisado de autorización judicial, pues afecta al derecho a la intimidad, al poder 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 abusos o cesión de datos a terceros no autorizados.

b) En segundo lugar, se alega la infracción de la garantía de «autodeterminación informativa» prevista en el art. 18.4 CE, a causa de que la Ertzaintza habría procedido a incluir en una base de datos informatizada el resultado del análisis de las muestras genéticas de los recurrentes, sin ningún tipo de control administrativo ni de otro orden, sin que se sepa quién o quiénes tienen acceso a tales datos ni quiénes son sus responsables, ni si esos datos personales van a ser utilizados para otros fines o durante cuánto tiempo se conservarán y si podrán ser utilizados en futuros procedimientos penales. Se habría actuado por dicha policía autonómica al margen de la normativa vigente, por lo que estaríamos ante un ataque a la intimidad, por no darse las garantías suficientes y adecuadas en el tratamiento de estos datos de carácter personal.

c) También se aduce la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque los órganos judiciales habrían apreciado como prueba de cargo el análisis de ADN, que no puede considerarse válida por haberse realizado sin autorización judicial, resultando que todas las demás derivadas de esta prueba también han de reputarse ilícitas por aplicación de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Además, se da una falta absoluta de intervención judicial en «la toma de muestra indubitada» (colillas arrojadas en la calle), siendo así que cuando se quiere que esta diligencia tenga carácter probatorio ha de intervenir un Juez, de forma que con su participación queden precisados el objeto recogido, el lugar donde éste se encontraba y las demás circunstancias necesarias para dejar acreditada la pertenencia a la persona a la que se atribuye. En este caso el análisis se ha practicado sobre muestras biológicas de los recurrentes obtenidas y conservadas subrepticamente, no siendo recogidas por un médico forense sino por un policía sin ninguna preparación al respecto, lo que generó

también la vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y, en definitiva, una situación de indefensión. Por otra parte, no se documentó convenientemente la recogida de las muestras, no existiendo la más mínima «cadena de custodia» que demuestre que la evidencia recogida contenga la saliva del recurrente, dándose cuenta al Juez de estas diligencias muy posteriormente.

Se dice también lesionado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque, con independencia de la licitud o no de la prueba de ADN, no concurre prueba de cargo suficiente para la condena. Así, la condena a Naiara y Aitor se basó en sus declaraciones policiales autoinculporatorias que no fueron luego ratificadas ante el Juez de instrucción ni tampoco en el plenario, y, respecto de Unai la declaración policial de los coimputados que le implicaba en los hechos no se encuentra corroborada mínimamente en los términos que ha exigido la doctrina constitucional.

d) Finalmente, aluden los demandantes a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia que se habría producido por la modificación de la calificación definitiva efectuada por el Ministerio Fiscal, sustituyendo el delito de incendio por el que inicialmente acusaba por el de tenencia de aparatos inflamables, sin que exista ninguna prueba de que se tuvieran aparatos inflamables.

e) Por otrosí solicitaron también los demandantes la suspensión de la ejecución de la Sentencia condenatoria.

4. Por providencia de 3 de marzo de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de su Ley Orgánica (LOTIC), acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 566-2005. Del propio modo se acordó dirigir también atenta comunicación a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 17-2002; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. En la misma providencia anterior se acordó formar pieza separada para la tramitación de la pieza de suspensión. Tras su tramitación se dictó Auto de 28 de febrero de 2011 por la que se acordó suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas exclusivamente en lo referente a la pena privativa de libertad y a la de inhabilitación de los tras demandantes de amparo, denegándose la suspensión en cuanto a los demás pronunciamientos condenatorios.

6. Recibidas las actuaciones reclamadas, por providencia de 8 de marzo de 2011, la Sala acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrán presentar las alegaciones que estimen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

7. La representación procesal del recurrente cumplimentó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 11 de abril de 2011, reiterando en lo sustancial los razonamientos jurídicos ya expresados en la demanda de amparo.

8. Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal el día 11 de abril de 2011, el Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones, solicitando la inadmisión de la demanda por falta de contenido constitucional.

Respecto del análisis genético practicado por la policía autonómica sin contar con autorización judicial ni consentimiento de los afectados, comienza el Fiscal señalando que desvelar el ADN no codificante a los meros efectos identificativos de una persona para su imputación criminal comporta una injerencia mínima en su derecho a la intimidad,

pues todas las personas poseen datos identificativos de público conocimiento y de obligada constatación desde el momento mismo de su nacimiento. No obstante, la ley puede autorizar a la policía judicial la práctica de determinadas inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, señalando el art. 11.1 g) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, que éstas, entre otras funciones, tienen la de «investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndoles a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes», por lo que, en este caso, el análisis de las muestras biológicas recogidas tiene cobertura legal. Por lo demás, el analizar los restos de un cigarrillo para poder determinar el perfil genético de una persona a los meros efectos identificativos, a fin de compararlo con el perfil genético de personas implicadas en graves hechos delictivos cuya identidad era desconocida, respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al no existir otro modo de posible actuación investigadora. A ello ha de añadirse que, aun cuando se afirma la inmutabilidad del ADN, no es menos cierto que los riesgos de alteración y contagio de la muestra biológica justifican la rápida intervención policial y análisis, concurriendo por ello las razones de urgencia que permiten prescindir de la autorización judicial.

En cuanto a la supuesta lesión de la libertad informativa del art. 18.4 CE, rechaza el Fiscal que se haya producido, pues la queja reviste carácter hipotético al referirse al uso que pudiera hacerse del perfil de ADN obtenido si se incorpora a una base de datos para su uso futuro. Lo cierto es que el análisis concretamente realizado agotó sus efectos con la comparación del resultado con el obtenido a partir de las prendas intervenidas, el cual estaba incorporado a una base de datos de perfiles de ADN de personas cuya identidad se ignora, razón por la cual la inidoneidad identificadora de tales perfiles excluye la necesidad de recabar el consentimiento de persona alguna. A todo ello se ha de añadir que el análisis se ha realizado por un organismo público sujeto a una rígida normativa en su funcionamiento y a los mecanismos de control y seguridad normativamente previstos. De otra parte, el fichero en el que se recogen los datos investigados está excluido del régimen de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, a la vista de su art. 2.2 c), al tratarse de la investigación del «terrorismo y otras formas graves de delincuencia organizada». Así las cosas, los datos archivados se limitan a desvelar los perfiles genéticos pertenecientes a autores de delitos de estas características para proceder a su 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.

En lo que atañe a los reproches formulados en relación a la conservación de la denominada «cadena de custodia» de las muestras biológicas obtenidas a partir de las colillas, no cabe duda que, tal como afirma el Tribunal Supremo, ha podido ser valorada por los órganos judiciales a través de los testimonios en el juicio oral de los policías intervinientes, tanto de los que recogieron las colillas, como de los que las enviaron al laboratorio y de los peritos que realizaron los análisis.

En orden al cuarto motivo, entiende el Fiscal que no se ha producido lesión alguna de la presunción de inocencia, pues la Sentencia condenatoria tuvo por acreditados los hechos en virtud de una pluralidad de pruebas testificales de los policías intervinientes y periciales, extendiéndose en sus razonamientos sobre la coincidencia del perfil genético de los recurrentes, obtenido a partir de las colillas arrojadas por cada uno de ellos, con el hallado en las prendas intervenidas por la policía en las proximidades y por el lugar por el que huyeron los demandantes. No hay por tanto falta de motivación respecto de la prueba que conduce a la condena.

9. A propuesta de la Sala Segunda y de conformidad con lo establecido en el art. 10.1 n) LOTC, el Pleno del Tribunal, por providencia de 1 de febrero de 2012, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

10. Por providencia de 11 de febrero de 2014, se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 13 de dicho mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Las resoluciones judiciales frente a las que se demanda amparo son la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 11 de marzo de 2005, dictada en el rollo 17-2002, por la que se condenó a los demandantes de amparo como autores de delitos de daños terroristas y tenencia de aparatos inflamables con finalidad terrorista, así como la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 14 de febrero de 2006, por la que se desestimó el recurso deducido contra aquella.

Los demandantes atribuyen a estas resoluciones la vulneración de su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), al haberse realizado por la policía autonómica vasca sin autorización judicial los análisis de sus muestras biológicas que fue confrontados con el efectuado sobre otras halladas en el lugar de los hechos; al tiempo, se habría infringido el derecho a la «autodeterminación informativa» reconocido en el art. 18.4 CE, por haberse incluido su perfil de ADN en un fichero policial sin respetarse las garantías previstas en el ordenamiento para el tratamiento de este tipo de datos de naturaleza personal. Además, los demandantes dicen que se ha infringido su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al haberse sustentado su condena en la prueba antes indicada, cuya ilicitud debió privarla de todo valor, dada la ausencia de control judicial y no haberse respetado por la policía la necesaria «cadena de custodia» sobre las muestras biológicas. Se añade que, con independencia de lo dicho, la coincidencia de sus perfiles genéticos con los encontrados en las prendas intervenidas en el lugar de los hechos no es concluyente de su participación en los hechos, existiendo en las actuaciones otros elementos probatorios que avalan una conclusión contraria. Finalmente, aducen la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ya que, a su juicio, el recurso de casación formulado no ha servido como un mecanismo efectivo de revisión de la condena impuesta, en los términos exigidos por el art. 14.5 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (en adelante, PIDCP).

El Ministerio Fiscal solicita la desestimación del recurso de amparo, pues la injerencia mínima que pueda suponer la realización del análisis genético de los recurrentes, con finalidad meramente identificativa, estaba permitida legalmente a la policía judicial en el marco de sus obligaciones de investigación del delito, concurriendo en este caso las notas de proporcionalidad y razonabilidad. La libertad informativa tampoco ha sido vulnerada, pues el procesamiento de datos fue efectuado por un organismo público con la única finalidad de desvelar los perfiles genéticos de autores de delitos de graves características, estando excluido este fichero del régimen de la Ley de protección de datos de carácter personal. De otro lado, añade que entre las funciones de la policía también está la de recoger las pruebas del delito, en este caso los restos biológicos, pudiendo haber sido comprobada por el Tribunal sentenciador la regularidad de la «cadena de custodia» de las muestras a través de los interrogatorios en el juicio de los funcionarios policiales, concurriendo prueba válida en la que basar la condena del recurrente. Por último, estima que el recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo ha cumplido adecuadamente su función en orden a la revisión de la condena impuesta.

2. La primera queja formulada por los recurrentes es la referida a la vulneración de su derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) como consecuencia de haber procedido la policía autonómica vasca, sin su consentimiento ni autorización judicial, a extraer el ADN de muestras biológicas obtenidas de cigarrillos arrojados por los demandantes en la vía pública.

En la reciente STC 199/2013, de 5 de diciembre, tras recordar la doctrina de este Tribunal en relación con el derecho a la intimidad, con particular atención a las resoluciones dictadas en materia de intervenciones o reconocimientos corporales (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre; 196/2004, de 15 de noviembre; 25/2005, de 14 de febrero; y 206/2007,

de 24 de septiembre), así como a determinados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ponen de manifiesto que el derecho a la vida privada resulta ya comprometido por la mera conservación y almacenamiento de muestras biológicas y perfiles de ADN (STEDH de 4 de diciembre de 2008, caso *S. y Marper c. Reino Unido*; y decisión de inadmisión de 7 de diciembre de 2006, caso *Van der Velden c. Países Bajos*), concluimos que el análisis de la muestra biológica del demandante de amparo suponía una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos potenciales que de tal análisis pudieran derivarse (FJ 6 *in fine*).

Ahora bien, afirmada la existencia de injerencia en la vida privada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sitúa la cuestión en la justificación de la medida en términos compatibles con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). 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, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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). A su vez, 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.

Por nuestra parte, en las SSTC 70/2002, de 3 de abril (FJ 10); 89/2006, de 27 de marzo (FJ 3); y 207/1996, de 16 de diciembre (FJ 4), señalamos 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 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 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7).

a) Comenzando por 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, «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. el Reino Unido*, § 100)» (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 8). En el caso analizado, la prueba pericial de obtención del ADN no codificante, que no permite la revelación de otros datos que los meramente identificativos, se produjo con la finalidad de ser comparado con los restos hallados en varias prendas utilizadas en la realización del hecho delictivo, teniendo como único objeto la averiguación de las personas que habían utilizado las mencionadas prendas en la perpetración de graves delitos como son los delitos relacionados con el terrorismo (en este caso daños terroristas y tenencia de aparatos inflamables con finalidad terrorista), por lo que no cabe duda alguna de la concurrencia de un fin legítimo en la medida adoptada por la policía judicial.

b) Por lo que se refiere a la cobertura legal de las diligencias periciales practicadas por la policía judicial, hemos de partir, como hace la STC 199/2013, de 5 de diciembre (FJ 9), de que habiendo ocurrido los hechos antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, aquella cobertura se encuentra en los arts. 282 y 363 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) y en el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, en cuanto, de una parte, se trata de uno de los informes técnicos y periciales a los que se refiere el apartado g); 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 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así lo hemos afirmado, con cita de la STEDH caso *Sociedad Plon contra 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).

c) En cuanto a la necesidad de autorización judicial, concluimos en la repetida STC 199/2013, de 5 de diciembre, que, aun cuando el análisis de ADN efectuado no fuera ordenado judicialmente, no se lesionó el derecho a la intimidad personal del entonces demandante, por las siguientes razones, expresadas en su fundamento jurídico 10, plenamente trasladables al caso que nos ocupa:

En primer lugar por la escasa, cuando no nula, incidencia material en la intimidad personal de los demandantes, que habría consistido en el riesgo de que el análisis de ADN fuese más allá de la mera identificación neutra, dada la naturaleza meramente identificativa del perfil genético obtenido a partir de los sectores no codificantes del ADN. 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 de los demandantes. Se pone así en evidencia que la lesión contra la que se pretende reaccionar derivaría de la conservación y utilización futura de perfiles del ADN obtenido a partir de la muestra tomada, pero no de la comparación neutral y exclusivamente identificativa del perfil de ADN de los demandantes 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 de los demandantes podría eventualmente constituir una injerencia en la intimidad personal por el mero riesgo, huelga ahora realizar toda consideración al respecto en el seno de un proceso de amparo como éste en la medida en que no es el supuesto concretamente analizado. Tal es también el presupuesto del que parte 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 de los demandantes 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 lo 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 cual 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, 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 de 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 eventual eficacia probatoria de los restos biológicos contenidos en los cigarrillos 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, 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. Poco importa a tal efecto que las colillas luego analizadas se recogieran casi un año después de ocurrir los hechos, e incluso que la causa estuviera provisionalmente sobreseída por falta de autor conocido en espera de que las investigaciones policiales pudieran arrojar luz sobre la autoría de los hechos (situación procesal que, por lo demás, está prevista legalmente para las distintas modalidades procesales de enjuiciamiento según la naturaleza y gravedad de los hechos enjuiciados; vid. arts. 641.2 y 779.1.1 LECrim). La urgencia deriva de lo súbito e inesperado del abandono de las colillas luego analizadas, de modo que su recogida no podía demorarse. Como tampoco era aconsejable demora alguna en su análisis por las razones acabadas de exponer.

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 Española y la Ley de enjuiciamiento criminal sí exigen resolución judicial que autorice las injerencias en los mismos (arts. 18.2 y 3, y 20.5 CE), no prevé expresamente la intervención judicial con carácter necesario.

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, 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 de los demandantes 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.

d) Por último, 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 de los análisis de ADN de los demandantes de amparo toda vez que: i) su comparación con el obtenido a partir de los restos biológicos hallados resultaba un medio adecuado para revelar la identidad de estos últimos (idoneidad); ii) no existía un medio alternativo para comprobar si los demandantes habían participado o no en los hechos delictivos enjuiciados (necesidad); y, iii) finalmente, el modo en el que los análisis del ADN se practicaron fue el menos invasivo de la intimidad personal en cuanto sólo afectó a las regiones no codificantes del ADN, esto es, a aquellas 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 que afectase a la intimidad personal. Es decir, la injerencia en el derecho fundamental consistió en el riesgo de comprometer la intimidad personal de los demandantes de amparo, riesgo que no llegó a materializarse (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 11).

3. En estrecha relación con la queja que acabamos de examinar, se alega por los demandantes la infracción del derecho de «autodeterminación informativa» previsto en el art. 18.4 CE, a causa de que la Ertzaintza habría procedido a incluir en una base de datos informatizada el resultado del análisis de las muestras genéticas, sin ningún tipo de control administrativo ni de otro orden, y sin que se conozca quiénes tienen acceso a tales datos ni quiénes son sus responsables, así como tampoco si esos datos personales van a ser utilizados para otros fines, durante cuánto tiempo se conservarán y si podrán ser utilizados en futuros procedimientos penales. A su juicio, la policía autonómica actuó al margen de la normativa vigente, por lo que estaríamos ante un ataque a la intimidad, al no darse las garantías suficientes y adecuadas en el tratamiento de estos datos de carácter personal.

En la ya repetida STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 12, tras recordar la doctrina contenida en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en relación con el derecho a la protección de datos, hemos afirmado que no cabe duda acerca de que el perfil de ADN obtenido a partir de una muestra biológica identifica a la persona, pero que 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, de 30 de noviembre, FJ 6), que es el ámbito de protección dispensada por el art. 18.4 CE.

En segundo lugar, ha de resaltarse que la identificación de los demandantes de amparo no se produjo como consecuencia de la incorporación de sus perfiles genéticos identificativos a una base de datos de personas sospechosas, sino que derivó de su comparación con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que habían sido obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de otros

hechos delictivos. De modo que, de haberse producido la incorporación de sus datos, se trataría de una actuación sin incidencia en el acto del poder público frente al que se demanda en amparo. Por lo demás nada impediría a los demandantes reaccionar contra esta pretendida e hipotética conservación de sus perfiles de ADN solicitando la eliminación de sus perfiles de la base de datos a la que afirman 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. el Reino Unido*.

En tercer lugar, ya hemos señalado que la obtención de los caracteres identificativos de los demandantes a partir del análisis de los sectores no codificantes de su ADN se produjo para una finalidad constitucionalmente legítima, como es la investigación de graves delitos relacionados con actividad de violencia callejera. 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» (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, con remisión a las SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; y respecto del art. 18, a la STC 110/1984, de 26 de noviembre, 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.

4. Rechazada, por las razones ya expuestas, la queja referida a la infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que la demanda sustenta en que los órganos judiciales hubiesen apreciado como prueba de cargo el análisis de ADN realizado sin autorización judicial, debemos descartar también que el mencionado derecho a la presunción de inocencia haya resultado infringido por falta de preservación de la denominada cadena de custodia de la muestra biológica obtenida, esto es, el aseguramiento de que las muestras recogidas fueron las mismas que sirvieron para el análisis comparativo posteriormente efectuado con los perfiles de ADN obtenidos a partir de las prendas recogidas en el lugar de los hechos. También rechazaremos que la falta de intervención judicial en el momento de la toma de los restos biológicos contenidos en los cigarrillos haya vulnerado el derecho de los demandantes a no declarar contra sí mismos y a no padecer indefensión.

a) Por lo que se refiere a la cadena de custodia, de igual forma a como hemos apreciado en la STC 199/2013, de 5 de diciembre [FJ 4 c)], debemos ahora consignar que la cuestión fue abordada en la Sentencia de la Audiencia Nacional que condenó al recurrente, alcanzando la conclusión de que no existía duda acerca de la identidad de las muestras analizadas, en consideración al contenido de las declaraciones efectuadas en el juicio oral por los policías que la recogieron, quienes dieron explicaciones sobre los protocolos y métodos de obtención, de las clases de análisis que se efectuaron, de su conservación, y de cómo adoptaron las medidas oportunas para evitar la contaminación de los objetos que contenían las muestras biológicas, ratificándose en las actuaciones que constaban en autos y sometiendo tanto a las preguntas de la acusación como de la defensa. 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) LOTC] más que respecto a la regularidad y suficiencia de los medios de prueba que condujeron a dar por acreditado el hecho. En todo caso, el dato al que se refiere la prueba no es estrictamente el hecho delictivo, sino un aspecto parcial de uno de los medios de prueba, siendo doctrina asentada del Tribunal (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».

b) Tal como acabamos de anticipar ha de rechazarse también que, como sostienen los demandantes, la obtención de la muestra biológica a partir de las colillas arrojadas en la vía pública –en cuanto obtenida sin autorización ni conocimiento de los demandantes de amparo–, haya vulnerado los derechos de los demandantes a no declarar contra sí mismos y a no padecer indefensión. En efecto, tal como recordábamos en el fundamento jurídico 4 b) de la tan reiterada STC 199/2013, de 5 de diciembre, 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, aun cuando hiciéramos abstracción de que la cuestión no se suscita con relación a una declaración de los demandantes (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 una colilla, no se aprecia que la acción de los demandantes estuviese motivada por el empleo sobre ellos de vis física o moral alguna. Ni se vieron forzados a realizar tal acción por circunstancia alguna ni se advierte ni aduce haber sido objeto de engaño alguno. Consecuentemente, la libertad con la que se produjo la acción de tirar una colilla de modo espontáneo en la vía pública 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 inculpativo contra el 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 contribución 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 inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución.» (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 6).

5. Aducen también los demandantes que se vulneró su derecho a la presunción de inocencia –art. 24.2 CE– en cuanto la condena de Aitor Fernández y Naiara Mallabia se sustenta en sus propias declaraciones policiales en los que reconocieron su participación en los hechos imputados, declaraciones que luego no fueron ratificadas ante el Juez de instrucción ni en la fase de plenario. Además, en tales declaraciones policiales no ratificadas judicialmente implicaron en el hecho delictivo a Aitor Mallabia, imputación que, sobre no ser ratificada judicialmente, no aparece después corroborada mínimamente conforme a las exigencias de la doctrina constitucional al respecto.

La respuesta que hemos de dar a esta cuestión ha de partir de aquilatar el valor atribuido a las declaraciones policiales de los demandantes en el conjunto probatorio,

valor que en la demanda se presenta como capital o determinante pero que el examen conjunto de las resoluciones de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo permite relativizar extremadamente. En efecto, la lectura del primer párrafo de los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Nacional razona que la perpetración del hecho enjuiciado quedó acreditado por la declaración del testigo conductor del autobús que declaró tanto en la instrucción de la causa como en el juicio oral, atribuyéndose en la Sentencia a las declaraciones de los demandantes de amparo efectuadas ante la Ertzaintza simple valor confirmatorio de la versión ofrecida por el testigo presencial. Consecuentemente, cabe afirmar que las declaraciones policiales de dos de los demandantes de amparo tuvieron un peso complementario y secundario para que el órgano judicial alcanzara su convicción en relación con las características del hecho enjuiciado (características que incidían en la calificación jurídica de los hechos, según pone de manifiesto la lectura de la Sentencia). Tan limitada influencia a la hora de lograr la convicción judicial sobre los hechos enjuiciados se ve confirmada en la Sentencia de casación al afirmar que el valor probatorio atribuido a las declaraciones policiales «no procede de la consideración autónoma de ese testimonio inicial», sino de las declaraciones vertidas en el juicio oral, esto es, en el conjunto probatorio del plenario del que forma parte la declaración del testigo presencial conductor del autobús. Así se desprende de la afirmación del Tribunal Supremo al declarar, de modo conclusivo, que «en este sentido debe entenderse la afirmación de la Audiencia Nacional, que parece querer otorgar virtualidad probatoria al testimonio policial por haberse producido con acomodación a las leyes procesales, cuando no es esa la casusa de su eficacia probatoria.» De este modo, al negar virtualidad probatoria autónoma a las declaraciones policiales controvertidas, la STS frente a la que se demanda amparo y que agotó la vía judicial previa, se acomoda a la doctrina constitucional consolidada acerca de la insuficiencia de las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente para constituir medios de prueba en los que fundar la convicción judicial, expuesta últimamente en la STC 53/2013, de 28 de febrero, a cuya exposición doctrinal nos remitimos.

Efectuada la precisión anterior sobre la virtualidad atribuida en las Sentencias impugnadas a las declaraciones policiales no ratificadas judicialmente, la realidad es que las resoluciones frente a las que se demanda amparo asientan la culpabilidad de los demandantes de amparo en la valoración de la prueba del ADN obtenida por la comparación del extraído a partir de los restos biológicos hallados en las capuchas utilizadas para la perpetración de los hechos con el obtenido de las correspondientes colillas de cigarrillos arrojados por los demandantes de amparo. Así lo revela la lectura atenta y contextualizada de la Sentencia de instancia, que en el último y extenso párrafo del fundamento jurídico primero, apartado A), sostiene que la participación de los acusados queda probada por la afirmación del testigo presencial de que los autores iban cubiertos con capuchas, la recogida por la Ertzainza de colillas arrojadas por los demandantes, el análisis del ADN comparativo con el obtenido de las capuchas recogidas por la propia Ertzainza momentos después de perpetrarse los hechos, detallando seguidamente el testimonio que acredita cada uno de estos hechos.

Pues bien, sobre la licitud constitucional de este medio de prueba ya nos hemos pronunciado, y sobre cuya suficiencia tampoco cabe dudar. En efecto, partiendo de «la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad» (SSTC 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2; y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3), sólo cabe considerar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando «la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; y 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3).

A la luz de la doctrina constitucional expuesta, podemos anticipar ya la desestimación del presente motivo de amparo, que ofrece semejanza con el resuelto en la STC 135/2003,

de 30 de junio, en la que apreciamos que la existencia de un indicio plenamente acreditado (la presencia de huellas dactilares en el lugar de la acción delictiva) unido a la futilidad del relato alternativo ofrecido por el recurrente, permitía inferir, conforme a las reglas de la lógica, su participación en los hechos, descartando que la conclusión del Tribunal sentenciador fuera excesivamente abierta o indeterminada (FJ 3).

Así acontece también en el presente caso, en el que para estimar acreditada la participación en los hechos de los demandantes, los órganos judiciales tomaron en consideración la aparición de su huella genética en el lugar de los hechos, debiéndose considerar que la prueba de ADN es prueba directa, y no mero indicio, de que se produjo contacto directo de los recurrentes con las prendas halladas en la escena delictiva, a partir de lo cual la inferencia de los órganos judiciales de la participación de los recurrentes en los hechos enjuiciados se presenta como una conclusión plenamente ajustada a las reglas de la lógica y de la experiencia. Precisamente, en relación con este último elemento hemos afirmado en ocasiones precedentes que si bien la inexistencia o la inconsistencia del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, sí puede servir como conindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 142/2009, de 15 de junio, FJ 6; y 128/2011, de 18 de julio, FJ 5).

Ningún otro juicio compete a este Tribunal, pues conviene recordar, de un lado, que nuestra jurisdicción se ciñe a efectuar un control externo, de modo que «el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo» (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y, de otro, que «entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13).

6. Lo anteriormente expuesto determina también la desestimación del último de los motivos de amparo, pues la acreditación de los hechos determinantes del delito de tenencia de aparatos inflamables fueron acreditados, como ya ha quedado expuesto, a través de prueba directa consistente en la declaración del conductor del autobús, testigo presencial de los hechos. Aun cuando la demanda parece aludir a la modificación de la calificación definitiva efectuada por el Ministerio Fiscal (por cierto que tal calificación se formuló con carácter alternativo a la calificación provisional que se elevó también a definitiva), no se contiene desarrollo alguno al respecto, sino que la demanda se limita a reproducir literalmente el motivo sexto del recurso de casación sin rebatir la respuesta dada al mismo por la Sentencia del Tribunal Supremo frente a la que se demanda amparo. Se desconoce así la doctrina de este Tribunal [últimamente recordada en la STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 4 a)], 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».

#### FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo interpuesto por don Unai Mallabia Sánchez, doña Maiara Mallabia Sánchez y don Aitor Fernández Terceño.

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

Dada en Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.—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 a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3488-2006, abogado al Pleno, y al que se adhiere el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez*

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, expreso mi discrepancia con el fallo y la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en el presente recurso de amparo, remitiéndome a las consideraciones ya expuestas en el Voto particular que formulé a la STC 14/2014, de 30 de enero, a las que se han de añadir los siguientes razonamientos, de acuerdo con los argumentos que defendí en la deliberación del Pleno.

1. La sucesión de supuestos analizados por este Tribunal en distintos recursos en los que se plantea la misma queja por parte de los recurrentes, y en los que se puede comprobar un mismo *modus operandi* en la actuación desarrollada por parte de la Ertzaintza, induce a pensar que las tomas de muestras con objeto de practicar las pruebas de ADN no se realizaron sobre la base de una fundada sospecha de que determinada persona había podido cometer un concreto delito, conforme exige la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre protección del derecho a la intimidad en estos supuestos, sino que se efectuaron de manera prospectiva, esto es, no vinculada a la averiguación de un delito concreto, sino, en general, de cualesquiera que hubiesen podido cometer o cometieran en el futuro los sujetos cuyas muestras fueron analizadas. En este sentido, es llamativo que, en el supuesto que nos ocupa (de la misma forma que en el analizado en la STC 14/2014), las colillas arrojadas en la vía pública por los recurrentes fueron obtenidas tras ser objeto de seguimiento por parte de la Ertzaintza, con la finalidad de conseguir esas muestras; toma de muestras que, a pesar de que la Sentencia de la que disiento no recoja el dato en los antecedentes, se produjo, como consta en la propia Sentencia de la Audiencia Nacional que condenó a los demandantes, un año después de que tuvieran lugar los hechos delictivos (en concreto, éstos se cometieron el 10 de febrero de 2002 y la recogida de las muestras se produjo en 20 de enero, 5 de febrero y 12 de marzo de 2003), con el sumario archivado por Auto de 27 de mayo de 2002. De hecho, el sumario no se reabre hasta que se dicta el Auto de 12 de junio de 2003, acordando continuarlo «para la práctica de las diligencias interesadas por la Policía Autónoma Vasca». Y, aunque luego se trate de restar trascendencia a este dato en el fundamento jurídico 2 c), lo cierto es que en la propia Sentencia aprobada por la mayoría se reconoce la desvinculación entre la toma de las muestras y la averiguación de la autoría del concreto delito por el que fueron condenados los actores, cuando afirma en el fundamento jurídico 3 que la identificación de los demandantes «derivó de su comparación [de sus perfiles genéticos] con los perfiles de ADN correspondientes a personas desconocidas que habían sido obtenidos a partir de muestras biológicas halladas en vestigios de otros hechos delictivos». De donde se sigue una clara quiebra en los presupuestos que permitirían realizar un acto de clara intromisión en la intimidad de los actores sin contar con la imprescindible autorización judicial.

2. A mi juicio, el Tribunal Constitucional no extrae las consecuencias jurídicas oportunas, con arreglo a nuestro orden constitucional, de la calificación jurídica de la toma de muestras de ADN como injerencia en el derecho fundamental a la intimidad personal. Lo cual conduce a que el nivel de protección de los derechos fundamentales que

garantizamos en esta materia, sea inferior al que acreditan otros tribunales constitucionales de nuestro entorno. Ya que la Sentencia de la mayoría invoca una Decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (más alejada de nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales), puestos a comparar, me voy a permitir apoyar mi discrepancia en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional austríaco, esto es, haciendo referencia a los criterios interpretativos del máximo interprete constitucional de un Estado de nuestro entorno, que no solo está adherido al sistema del Convenio europeo de derechos humanos, sino que ha atribuido rango constitucional al texto de dicho Convenio.

En efecto, en una reciente Sentencia, de 12 de marzo de 2013 (G 76/12-7), el Tribunal Constitucional austríaco examinó la constitucionalidad de la norma legal interna que autorizaba a la policía a tomar muestras de ADN con el fin de identificar a los sospechosos de delitos. Con motivo de un recurso de amparo interpuesto contra una denegación de cancelación de los datos recabados por la policía, el propio Tribunal Constitucional, a través de un mecanismo similar a nuestra denominada «autocuestión», se planteó la compatibilidad de esa previsión legal con las exigencias constitucionales, que se cifran en el derecho al respeto de la vida privada ex art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) y en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

La citada Sentencia comienza rechazando las explicaciones del Gobierno federal austríaco arguyendo que el análisis de ADN quedaba limitado a la parte no codificante, que no se extiende a datos sensibles y que solo sirve para la identificación de la persona, y señala que incluso aunque tales datos solamente fueran idóneos para identificar a una persona, se trata ya de una injerencia en derechos que solo puede realizarse respetando las garantías establecidas constitucionalmente (apartado 15).

El Tribunal subraya, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la protección de los datos personales es fundamental para el derecho humano al respeto de la vida personal y familiar protegido por el art. 8 CEDH, y que, por ello, el Derecho interno debe contener salvaguardias adecuadas que eviten que los datos personales se utilicen de forma incompatible con las garantías reconocidas en dicho artículo, máxime si se trata de datos de carácter personal sometidos a un procesamiento automatizado, y más aún, si van a ser utilizados con fines de investigación policial (apartados 24-25).

Asimismo el Tribunal austríaco señala que la especial sensibilidad de un perfil de ADN, cuya futura utilidad no es hoy por hoy previsible (citando la STEDH S. y *Marper*, § 71), así como la posibilidad de una utilización para fines distintos a los que justificaron su obtención, exigen que la norma legal de habilitación establezca con nitidez el tipo de delitos que en razón de su gravedad o de su naturaleza justifiquen tal injerencia en la intimidad (apartados 27 a 30) y el almacenamiento de los datos de ADN (apartado 40).

Como es constatable, el nivel de protección que otorga nuestra jurisprudencia en las resoluciones de las que discrepo es considerablemente inferior al que garantiza la citada Sentencia del Tribunal Constitucional austríaco, dictada en aplicación de un precepto del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales al que este Tribunal también tendría que haber atendido, de acuerdo con lo establecido en el art. 10.2 CE.

3. Por último, en relación a las razones de urgencia que la Sentencia de la mayoría aduce para validar la ausencia de autorización judicial, resulta sorprendente que se cifran a la necesidad de que «los restos biológicos contenidos en los cigarrillos requiera 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», ocultando el dato de que la toma de muestras se realiza un año después de que ocurrieran los hechos delictivos, encontrándose los recurrentes en situación de libertad (de lo que cabe deducir que no había motivos fundados para detenerlos), y siendo objeto de seguimiento por la Ertzaintza con el fin de obtener las muestras. De lo cual se deduce que no existía impedimento alguno para solicitar tal autorización judicial.

Cuando la doctrina de este Tribunal ha atendido al requisito de la «urgencia» a efectos de prescindir de la autorización judicial para realizar actuaciones de prueba o investigación que inciden en derechos fundamentales, siempre ha relacionado ese concepto con el momento de producción del hecho delictivo. Así, en la STC 141/2001, de 18 de junio, FJ 4, al referirse a los requisitos que deben reunir los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, se señala que las pruebas han de ser intervenidas «por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito». En la misma línea, relacionando la noción de urgencia con la de delito flagrante cabe destacar la STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8, o la STC 115/2013, de 9 de mayo, FJ 6; o conectando la «urgencia» con necesidades de intervención inmediata para la averiguación del delito y la obtención de pruebas incriminatorias en el mismo lugar de los hechos, la STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2.

4. En atención a lo expuesto, la conclusión a la que se ha de llegar aquí no puede ser otra que la que ya manifesté en los Votos particulares formulados a las SSTC 199/2013 y 14/2014, en el sentido de que se debería haber resuelto en el presente recurso que se lesionaron los derechos fundamentales de los demandantes de amparo consagrados en los arts. 18.1 y 24.2 CE.

Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.—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 fecha 13 de febrero de 2014 dictada en el recurso de amparo avocado núm. 3488-2006*

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.

He podido constatar que desde el plano constitucional se aprecian circunstancias similares a las que me llevaron a formular Voto particular en relación a la reciente Sentencia 199/2013, de 5 de diciembre, lo que me obliga a aplicar en el presente caso argumentación idéntica a la entonces expuesta, a la que me remito.

Madrid, a trece de febrero de dos mil catorce.—Andrés Ollero Tassara.—Firmado y rubricado.