



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Criminología

La prueba de ADN

Presentado por:

José Roberto Carro Fernández

Tutelado por:

Montserrat de Hoyos Sancho

Valladolid, 25 de mayo de 2015

ÍNDICE

• <i>Sumario</i>	3
• <i>Resumen</i>	3-4
• <i>Palabras clave</i>	4
• <i>Introducción</i>	4-5
• <i>Breve apunte histórico</i>	6-7
• <i>La cadena de custodia de las pruebas</i>	8-9
○ <i>Reg. legal sobre el aseguramiento de las pruebas</i>	10-11
○ <i>Consecuencias procesales de la cadena de custodia</i>	11-12
○ <i>Manuales de procedimiento de la Policía Científica</i>	12-15
○ <i>Criterios generales de selección, manejo y recogida de vestigios</i>	15-16
○ <i>Reglas básicas para la recogida de indicios biológicos</i>	16-17
○ <i>Vestigios biológicos de interés</i>	17
▪ <i>Recogida y envío de muestras de sangre</i>	17-18
▪ <i>Recogida y envío de muestras de saliva</i>	18-19
▪ <i>Recogida y envío de muestras de esperma</i>	19
• <i>Ley Orgánica 10/2007</i>	20-26
• <i>Legislación Internacional</i>	27
• <i>Tratamiento jurídico de las muestras dubitadas</i>	28-30
• <i>Tratamiento jurídico de las muestras indubitadas</i>	31-33
○ <i>Asistencia letrada al detenido</i>	33-40
• <i>Conclusiones finales</i>	41-44
• <i>Bibliografía</i>	45-46
• <i>Listado de jurisprudencia</i>	46-47

La prueba de ADN

José Roberto CARRO FERNÁNDEZ
rocafe59@hotmail.com

Tutora: *Montserrat DE HOYOS SANCHO*.
Profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid.
Departamento: Derecho Procesal

Sumario / Summary: 1- Introducción. 2- Breve apunte histórico. 3- La cadena de custodia de las pruebas. 3.1- Regulación legal sobre el aseguramiento de las pruebas. 3.2- Consecuencias procesales de la “cadena de custodia”. 3.3- Manuales de procedimiento dentro de la Policía Científica. 3.4- Criterios generales de selección, manejo y recogida de vestigios. 3.5- Reglas básicas para la recogida de indicios biológicos. 3.6- Vestigios biológicos de interés. 3.6.1- Recogida y envío de las muestras de sangre. 3.6.2- Recogida y envío de las muestras de saliva. 3.6.3- Recogida y envío de las muestras de esperma. 4- La Ley Orgánica 10/2007. 5.- Legislación Internacional. 6.- Tratamiento jurídico de las muestras dubitadas. 7.- Tratamiento jurídico de las muestras indubitadas. 7.1 Asistencia letrada al detenido. 8.- Conclusiones finales.

Resumen / Abstract: Podríamos decir sin riesgo a equivocarnos que en España, el momento procesal penal en lo tocante a la prueba de ADN, pasa por un momento de crisis. Y no en lo referente a su valor probatorio, pues éste está fuera de toda duda y así lo estableció el mismo Tribunal Supremo el 24 de febrero de 1995, al considerar que “*la prueba de ADN no es técnicamente determinante, pero sí de alta probabilidad*”. Ahora bien, esta validez jurídica no resuelve otros aspectos como podrían ser si, la toma de la muestra indubitada del detenido, tal como establece la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN, respeta los derechos fundamentales de aquél, y más concretamente aquéllos que están referidos a la intimidad y privacidad de los datos personales por un lado, y la esfera de la integridad corporal por el otro. No cabe duda por tanto que, reconociendo estos intereses en conflicto, convenga una armonización satisfactoria de tal manera que no se produzcan irregularidades que incidan en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y que bien resumen los artículos 10, 15 y 24.2 de nuestra Constitución. Así pues, el propósito del presente trabajo es poner sobre la mesa todos los hitos legales y jurisprudenciales que hacen referencia a esta prueba procesal, de modo que la modulación de los criterios no reste o amenace la viabilidad del ADN y su aplicación en los procesos penales. Todo ello sin obviar la regulación legal de la “cadena de custodia”, sus consecuencias procesales y los manuales de

procedimiento de la Policía Científica que la avalan. Los cuales, adecuando su aplicación de manera precisa, son sinónimo de garantía y respeto a los derechos recogidos en los artículos preceptuados.

Palabras Claves / Keywords:

Ácido desoxirribonucleico / Jurisprudencia / Tribunal Supremo / Prueba de ADN / Asistencia letrada / Cadena de custodia / LO 10/2007 / Toma de muestras / Consentimiento informado / Perfil genético / Indicio biológico

1. Introducción

En la mayoría de los núcleos de nuestras células corporales portamos una espiral de 2 m de longitud que contiene información codificada sobre quiénes somos o cómo debe ser el funcionamiento combinado de nuestro cuerpo. Todos somos portadores de unos 30.000 genes, divididos a su vez en 23 pares de estructuras (uno procedente de la madre y otro del padre) que se llaman cromosomas y que se alojan en el interior de los núcleos de las células. Ese cromosoma en forma de aspa se puede descomponer en una doble hélice que a su vez está formada por las que podríamos llamar “frases” del libro de instrucciones de nuestro “mecanismo personal”. Una cadena de ADN está formada por distintos genes, es decir, una secuencia única de moléculas enlazadas llamadas bases químicas (Adenina, Timina, Citosina y Guanina). Estas bases se combinan entre sí para formar códigos de funcionamiento e identidad que podríamos decir que son únicos para cada persona aunque mantiene similitudes con sus familiares. Llevando esta somera y gráfica explicación sobre el ADN al objeto del presente trabajo, podemos decir que el análisis del ADN nos puede facilitar dos tipos de datos. Por un lado tendríamos los datos de tipo codificante, que nos daría información genética de la propia persona y de su predisposición a padecer determinados tipos de enfermedades; y por el otro tendríamos el ADN no codificante, es decir, material genético no sensible llamado “perfil genético” que permite ser convertido a un lenguaje o clave numérica que facilitará, no sólo el almacenamiento, sino también la comparación con otros perfiles y por supuesto la individualización entre todos ellos.

El abanico de posibilidades que ofrece esta especie de “huella genética” es de amplio espectro científico. Tal es el caso de su uso en las pruebas de paternidad, en el estudio de compatibilidad en la donación de órganos, en la identificación de restos cadavéricos y, por supuesto, en el ámbito forense, pues no sólo tiene la capacidad de identificar a los autores de hechos delictivos, sino que también exonera a los que habiendo sido declarados culpables, resultaren ser inocentes. En este sentido, veamos lo que dice el Preámbulo de la L.O. 10/2007, ya citada: *“desde que en 1988, en el Reino Unido y por primera vez, la información obtenida del ADN fuese utilizada para identificar y condenar al culpable de un delito, tanto en España como en el resto de los países de nuestro entorno se ha tomado conciencia de la trascendencia de los marcadores genéticos en las investigaciones criminales, algo que venía siendo más frecuente en otros ámbitos, como identificación de cadáveres o la determinación de relaciones de parentesco”*. Visto este breve apunte sobre qué es el ADN y cuáles son sus posibilidades, centrémonos ahora en definir que es en esencia la “prueba de ADN”. Ciertamente, como refiere De Hoyos Sancho¹, dicha

¹ Así alude a la “prueba de ADN” en su trabajo: *“Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH <S y Marper contra el Reino Unido>, de 4-12-2008 y la*

prueba “consiste en la comparación entre una muestra dubitada, que normalmente se habrá obtenido de la víctima o del lugar de los hechos, con una muestra dubitada, que deberá proceder o pertenecer incuestionablemente al presunto autor de los hechos delictivos que se investigan o enjuician. Si los resultados del análisis y comparación de ambas muestras son positivos, la identificación de la persona a quien corresponda el ADN tendrá una certeza próxima al 100%, lo que naturalmente no significa que se le pueda imputar sin más la autoría o la participación en los hechos; conviene recordar que se trata de un método de identificación y averiguación en el marco de una investigación criminal”.

Ahora bien, ¿qué cobertura jurídica respalda a esta prueba? Pues, primeramente la reforma operada por la Disposición Final Primera de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal, dando una nueva redacción a los artículos 326.3º y 363.2º de la L.E.Cr., y dar cierto amparo a la toma de muestras de ADN a partir de muestras biológicas que provienen de pruebas halladas en el lugar del delito o extraídas de sospechosos, de tal forma que esos perfiles puedan ser incorporados a una base de datos para su posterior empleo en la investigación. En segundo lugar y complementando la reforma anterior, incorporamos el texto de la Disposición Adicional Tercera (Obtención de muestras) de la ya mentada L.O. 10/2007, cuando dice: “Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, 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 requieren 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”.

En apariencia, este marco jurídico inicial parece que deja entrever con meridiana claridad tres características esenciales. A saber.

a. Quien tiene la obligación de tomar muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como en el lugar del delito, en aquellos delitos a los que se refiere la letra a) del apartado 1º del artículo 3 de la L.O 10/2007, es la policía.

b. Queda claro por otro lado -y así lo dispone la Disposición Adicional Tercera de la L.O 10/2007, primer párrafo-, que la toma de muestras y fluidos voluntaria no requiere autorización judicial, sino exclusivamente el consentimiento del afectado.

c. Si la toma de muestras requiere inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales y no hay consentimiento del afectado, se precisa la autorización judicial mediante auto motivado conforme a la L.E.Cr. Extremo que también está contenido en la Disposición Adicional Tercera de la L.O 10/2007.

Aparentemente no habría lugar a dudas de aplicación después de haber desmenuzado muy sucintamente el objeto de estudio del presente trabajo. Pero la utilidad y fiabilidad que puede aportar a la investigación el uso del “perfil genético” no es sinónimo de inmunidad absoluta en su aplicación. Más al contrario está sujeta a ciertos límites, no exentos de la necesaria interpretación. Y este ajuste pasa por una revisión, adecuación, de los preceptos jurídicos ya expuestos que den cobertura legal a la prueba; dentro del interés que tiene el Estado de prevenir y resolver delitos, siempre en liza con su defensa de los derechos fundamentales.

2. Breve apunte histórico

Podríamos decir que la historia del ADN es corta, pero intensa. Tendríamos que remontarnos a los inicios de la genética en el siglo XIX para encontrar su punto de partida. Así pues, fue un monje agustino austriaco, Gregor Mendel²(1822/1884), quien apuntó que los caracteres hereditarios debían tener una base molecular que denominó “elementos”. Este primer apunte se ve reforzado por los trabajos que llevaron a cabo, ya en 1953, Watson y Crick³, quienes caracterizaron los “elementos” heredables de Mendel y que hoy llamamos ADN. En definitiva, la famosa doble hélice del ADN fue descubierta por ambos, utilizando para ello imágenes difractadas de rayos X de la molécula.

“Estábamos trabajando en la detección de diferencias genéticas a nivel molecular. Encontramos que existían regiones dentro del genoma que consistían en pequeñas secuencias de ADN repetidas una y otra vez, y el número de repeticiones variaba entre individuos. Al mirar una especie de borrón a través de los rayos X me di cuenta de que había algo similar a una suerte de confuso código de barras; aquello era la huella génica de mi técnico Jenny Foxon y la de sus padres. Resultaba muy borroso, pero aún así era fácil detectar cómo la huella de Jenny consistía en una combinación de la de su madre y su padre, pero a la vez era única. En unos pocos segundos me di cuenta de que me había tropezado con un método de identificación basado en el ADN que podría utilizarse, no sólo para la identificación biológica, sino para dilucidar todo tipo de relaciones familiares.”

Estas son las palabras exactas que reprodujo el Doctor Alec Jeffrey⁴, cuando de forma inopinada descubrió una nueva técnica de identificación personal tomando como referencia el análisis del ADN que se encuentra en el núcleo de las células de cualquier ser humano, y que permiten una asignación de perfil genético que nos hace únicos. Tan únicos que la probabilidad de que existan dos sujetos que tienen la misma “huella genética”, es la de uno entre mil millones de congéneres.

Pero quizá el mayor avance se produjo cuando hace su aparición en escena la técnica de PCR, o lo que es lo mismo, Reacción en Cadena de la Polimerasa. La idea parte de Kary Mullis⁵ en 1986 y ello supuso un desarrollo revolucionario, no sólo en la genética forense, sino también en otros muchos campos de la biología molecular. Con esta técnica se puede amplificar (copiar) secuencias concretas de ADN, de tal forma que es la base para obtener

² Gregor Johann Mendel (20 de julio de 1822 – 6 de enero de 1884). Monje agustino católico y naturalista que nació en Heincendorf (Austria), quien descubrió a través de las distintas variedades del guisante, las que hoy llevan su nombre y son conocidas como Leyes de Mendel, las cuales rigen la herencia genética.

³ Francis Harry Compton (8 de junio de 1916 – 28 de julio de 2004), fue un físico, biólogo molecular y neurocientífico británico, quien junto a James Dewey Watson (Chicago, 6 de abril de 1928), descubrieron la estructura molecular del ADN en 1953. Ambos recibieron el Premio Nobel de Medicina en 1962.

⁴ Doctor Alec Jeffrey (Oxford, Reino Unido. 9 de enero de 1950). Catedrático de Genética en la Universidad de Leicester (Reino Unido). Su trabajo desarrollando las técnicas de la “huella genética” y de perfil de ADN, en la actualidad ayudan a las distintas policías del mundo en sus labores de investigación.

⁵ Kary Banks Mullis (28 de diciembre de 1944, Carolina del Norte – EEUU), bioquímico estadounidense conocido por la invención de la técnica de PCR. Recibió el Nobel de Química en 1993.

resultados en el análisis de fragmentos de ADN de interés a partir de mínimas cantidades de muestra biológica. Recordemos en este punto que en genética forense no es interesante el estudio de todo el material genético de una persona, ya que en su mayoría es idéntico entre todos los individuos de una misma especie. Lo que verdaderamente tiene interés son las partes que difieren, es decir, los fragmentos de ADN polimórficos entre individuos. En definitiva, con la técnica de PCR no sólo se consigue copiar/amplificar material genético, sino que también te permite delimitar esas partes individualizadoras y que son características de cada persona.

Como curiosidad diremos que la Policía Científica española no pone a punto estas técnicas de análisis del ADN hasta principios de los años 90 del siglo pasado; emitiendo el primer informe pericial, con aplicación directa de la técnica, en una agresión sexual del año 1993.

3. La cadena de custodia de las pruebas

Toca abordar ahora una cuestión que no es menor en lo referente al descubrimiento y recogida de los indicios, vestigios y objetos en la escena del crimen. Y quizá porque el ADN está presente en muchos de los indicios que se manejan, conviene pararse a ver cómo se regula este proceso. Esta primera fase de la inspección ocular técnico policial, seguido del ulterior examen de lo recogido por parte de los especialistas en los laboratorios científicos, requiere una especialización técnica de cuyo correcto manejo y diligenciado, se deriva una exitosa defensa del informe pericial en el momento del juicio oral. De este modo, aquello que en su origen pudieron ser indicios, ahora alcanzarán el valor de prueba de cargo. Es por ello que se requiere una correcta adecuación, en todo el proceso de recogida, manipulación, estudio, análisis..., de la “cadena de custodia”.

Viene de antiguo esta preocupación por encontrar las pruebas dejadas por el autor del delito; no sólo ha estado en la mente de los investigadores sino que también los jueces que conocieron de su causa, mostraron siempre un interés real. Y así quedaba de manifiesto cuando la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su primera redacción de 1882, ya disponía en su artículo 326: *“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho”*.

Es cierto que a día de hoy no hay una normativa específica que regule “la cadena de custodia”, y cuyo fin no es otro que la de asegurar que aquello que se recogió en la escena, es lo mismo que ahora se presenta ante los tribunales. Ante esta falta de redacción específica lo que sí han hecho las policías es elaborar unos protocolos internos que responden al objetivo último de fortalecer la defensa del perito ante el tribunal; de tal modo que el haber documentado todas las fases que recorre el elemento probatorio, responderá a esta necesidad de protección y asepsia al que comúnmente llamamos “cadena de custodia”.

Recordemos que el derecho a la presunción de inocencia está reconocido en el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Básicamente viene a decir que nadie puede ser condenado sin pruebas de cargo válidas; razón por la que se exige que haya una actividad probatoria mínima que se refiera a todos los elementos esenciales que integran los delitos, y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitiman. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene a decir lo siguiente: *“sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”*. Se trata, pues, de acreditar el hecho delictivo y la participación del autor en su desarrollo mediante la puesta en práctica de la prueba. Una vez más nos recuerda la STC 145/2005, de 6 de junio: *“la íntima relación que une la motivación y el derecho a la presunción de inocencia, consiste en que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. La culpabilidad ha de motivarse y se sustenta en dicha motivación, de modo que sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia”*.

La lógica es, por tanto, que si las pruebas que sustentan la culpabilidad del presunto autor, vendrían a enervar la presunción de inocencia de éste, aquéllas tendrán que ser aportadas al proceso. Pero para ello previamente tienen que ser halladas. Será entonces, durante la práctica de la inspección ocular técnico policial, en el lugar y sobre los objetos relacionados con el hecho delictivo, cuando la Policía Científica juega su principal baza. Ello quiere decir que su cometido requiere de una especial cualificación técnica; aplicando métodos de investigación científicos, no sólo en el propio escenario del delito sino también en los laboratorios de criminalística. La forma de llevar sus conclusiones sobre los trabajos realizados a la vista oral, es mediante la confección del informe pericial. En este preciso momento es crucial garantizar la corrección de la denominada “cadena de custodia”, sin que pueda producirse una pérdida de eslabón alguno y cuyo fin, como ya hemos dicho con anterioridad, consiste en asegurar que todo aquello que se presente ante los tribunales como evidencia, sea lo mismo que se encontró en el escenario del crimen; sin menoscabo o alteración que rompa la trazabilidad en la que puede convertirse en prueba.

A pesar de lo dicho, si queremos saber qué es lo que se entiende por “cadena de custodia”, no podemos acudir a ninguna norma que así lo disponga, pues es algo “pactado” que no cuenta con regulación expresa. Como bien se ha dicho en algún momento, se trata de “un concepto surgido de la propia realidad, al que se ha teñido de valor jurídico”. No es ninguna casualidad por tanto que la cadena de custodia esté íntimamente ligada a la actuación policial, pues son ellos principalmente, la policía científica, los custodios de aquellos rastros que se han dejado en el delito. Es decir, han de preservar los vestigios o indicios que, previamente recogidos conforme a un protocolo de actuación concreto para ser analizados posteriormente desde el punto de vista de las ciencias forenses, los llevarán al proceso penal para convertirlos en prueba.

Esta falta de regulación expresa, es la causa de que se hayan ido elaborando una serie de protocolos de actuación internos, que tienen como fin documentar todas y cada una las fases que recorre el elemento probatorio; de tal manera que se deje constancia de cada uno de los pasos y cuyo fin no es otro que el de fortalecer lo que de ellos dictamine el perito en su informe pericial. Es justamente a esta forma de proceder a la que se ha dado valor jurídico y la que se conoce como “cadena de custodia”.

Para cerrar esta parte podíamos concluir con una definición integral de lo que es “cadena de custodia”, esto es: *“conjunto de normas y disposiciones con valor legal establecidas para garantizar la adecuada custodia de un indicio criminal durante todo su recorrido en la investigación, evitando su desaparición, destrucción, alteración o manipulación, mediante la identificación permanente de todas aquellos que tengan contacto con el indicio”*. Todo ello ha venido a reforzar la confianza de los juzgadores en la actuación policial, tanto en la fase inicial del proceso como en los análisis técnicos que realizan en sus laboratorios. Tal es así, que en los fundamentos de algunas de las sentencias, tras alabar *“las cautelas protocolariamente establecidas por la policía”*, señalan que la *“prueba pericial practicada adquiere así una relevante significación”*, declarándola plenamente válida y resultando de la misma *“un valor de prueba de cargo evidente y suficiente”*. Reconociendo entre otras, que *“disponemos de una policía científica cada vez más especializada y mejor preparada, con amplios conocimientos científicos.”*⁶

⁶ SSTIS 179/2006, de 14 de febrero; 355/2006, de 20 de marzo; 949/2006, de 4 de octubre; 968/2006, de 11 de octubre; y 1062/2007, de 27 de noviembre.

3.1 Regulación legal sobre el aseguramiento de las pruebas.

El avance científico y tecnológico ha propiciado una falta de adecuación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al nuevo panorama procesal. Esta es la consecuencia de que algunos prácticos del derecho hayan visto en esta circunstancia una cierta inseguridad jurídica respecto a la suficiencia y validez de determinadas diligencias de prueba, sobre todo en aquellas que hoy son motivo de estudio en el presente trabajo, a las que podíamos llamar “pruebas de última generación”. Efectivamente, tal es el caso de la recogida y conservación de muestras biológicas sobre las que posteriormente se realizarán los análisis de ADN. Así, la doctrina no deja lugar a dudas cuando destaca la importancia de que se garantice la indemnidad de la “cadena de custodia”, asegurando la identidad, conservación y custodia de la muestra⁷. Pese a esta falta de adecuación que poco a poco se ha ido solventando, a día de hoy se puede constatar una cierta evolución normativa que deriva de la correcta actuación policial, al delegar en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cada vez más funciones, sobre todo aquellas que tienen que ver con la recogida, custodia y análisis de las pruebas para investigar el delito. Esta realidad la encontramos ya plasmada en algunas reformas que se han llevado a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal es el caso del procedimiento abreviado⁸, en el que el Juez Instructor y el Fiscal cumplen con la misión de supervisar la actuación policial, a la que se le ha encomendado la función de recabar y custodiar las pruebas del delito (arts. 770.3 y 778.3); competencia asignada en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (art. 796.6). También, desde la reforma de 2003, la recogida y custodia de los “vestigios o pruebas materiales” del delito, se delega en la policía judicial y especialmente cuando se trate de huellas o vestigios biológicos.

¿Pero qué mínimos se establecen para la recogida y custodia de los elementos probatorios, con el fin de poder preservarlos y garantizar de este modo su integridad y autenticidad? Veamos pues que lo que hay regulado a este respecto, referido a huellas y vestigios susceptibles de análisis biológicos y recogida de determinadas piezas de convicción, es escaso por no decir que no existe una normativa expresa. Tan sólo el artículo 326 de la L.E.Cr., establece que “*se adopten las medidas necesarias para que su recogida y custodia se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad*”. También el artículo 338 dice que “*la recogida de determinadas piezas de convicción se haga de tal forma que se garantice su integridad*”. Quizá, la normativa que sí hace un especial hincapié en este aspecto es la Orden del

⁷ Vid.: ROMEO CASABONA, C. M.: «Los perfiles de ADN en el proceso penal: novedades y carencias del derecho español», en *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial*, nº 58, 2004, págs. 87 y ss. En el mismo sentido, FÁBREGA RUÍZ, V.: «Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la «huella genética» y su valoración judicial», en *Diario La Ley*, 27 de enero 1999, pág. 3, sostiene la necesidad de contar con «una correcta cadena de custodia que garantice que la muestra recogida, enviada y analizada es la que debía ser». Y según LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T.: «Principios y límites de las pruebas de ADN en el proceso penab», en *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Judicial*, nº 36, 2001, pág. 23, refiriéndose a la primera etapa de la pericia del ADN, «De una adecuada actuación en este momento depende la posibilidad y/o la fiabilidad del reconocimiento pericial» e insiste en la «necesidad de realizar una correcta «cadena de custodia» de dichas muestras».

⁸ Título III del Libro IV, redactado por el artículo segundo de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE de 28 de octubre de 2002), en vigor desde abril de 2003.

Ministerio de Justicia 1291/2010, de 13 de mayo⁹, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Esta orden, junto con los protocolos internos de las otras dos instituciones (Comisaría General de Policía Científica y Servicio de Criminalística de la Guardia Civil), que se configuran como laboratorios oficiales encargados de emitir informes periciales, -pero quizá más estos dos últimos por integrar el primer eslabón de la cadena-, serían los verdaderamente habilitados para conjugar la creación de un marco normativo que dejase claro cuáles son esos mínimos exigibles en la recogida y custodia de elementos probatorios.

Cerraría el capítulo de este “*corpus iuris*” asumido por la comunidad jurídica como vinculante, la jurisprudencia y algunas recomendaciones del Consejo de Europa¹⁰, en lo que a “cadena de custodia” se refiere.

3.2 Consecuencias procesales de la cadena de custodia

Y en lo que a las consecuencias procesales que derivan de una buena praxis de la prueba y su perfecta integración en la cadena de custodia se refiere, digamos que ésta es sinónimo de corrección y garantía. No ocurre lo mismo cuando falta esa corrección. Es necesario que los peritos comparezcan en el juicio oral para ratificar, aclarar o complementar lo volcado en sus informes periciales, de tal manera que la prueba se someta a la contradicción de las partes y de este modo el Tribunal pueda otorgar validez y eficacia a la misma. Dice el Tribunal Supremo en este sentido: “*el fin de la prueba pericial no es otro que el de ilustrar al órgano judicial para que éste pueda conocer o apreciar algunos aspectos del hecho enjuiciado que exijan o hagan convenientes conocimientos científicos*”¹¹.

No son pocas las sentencias que fundamentan su condena, precisamente, en los informes periciales emitidos por la policía científica. Así, amparan sus fallos condenatorios en dichos informes, a los que otorgan suficiencia y validez plena; atendiendo igualmente a una perfecta adecuación de la cadena de custodia. Y es precisamente en la quiebra de la cadena de custodia en la que el Tribunal Constitucional plantea la posibilidad de que se construya la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías que están recogidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española.¹² Y ello es así porque muchos de los recursos que se plantean alegan una vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías debidas y a la presunción de inocencia, aduciendo como principal razón la falta de preservación de la “cadena de custodia” sobre la prueba que se practica. Un ejemplo de ello en el tema de estudio que nos ocupa, vendría dado cuando se interesa la nulidad de la prueba de ADN en el momento que se pasa por la fase de recogida de los objetos que son

⁹ BOE de 19 de mayo de 2010.

¹⁰ El Consejo de la Unión Europea establece las recomendaciones para la recogida y envío de muestras con fines de identificación genética, aprobado en Madeira, el 2 de junio de 2000, realizadas por el Grupo Español y Portugués de la Sociedad Internacional de Genética Forense. Su objetivo es establecer un conjunto de recomendaciones para la recogida y remisión de muestras, que permitan garantizar su autenticidad e integridad. Siendo conscientes de que «la admisibilidad de la prueba en los Tribunales de Justicia depende, en gran medida, de cómo se hayan realizado dichos procesos y del cumplimiento de la cadena de custodia.

¹¹ STS 485/2007, de 28 de mayo.

¹² STC 170/2003, de 29 de septiembre y STC 281/2006, de 9 de octubre.

susceptibles de contener una muestra de material genético, alegando una posible contaminación y por lo tanto poniendo en tela de juicio la cadena de custodia.¹³

¿Y cuáles son los requisitos que la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha fijado para poder afirmar la corrección de la cadena de custodia y sus consecuencias en el proceso penal, con el fin último de dotar de validez a la prueba?

De entrada ya estable que: *“las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente “cadena de custodia”, no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones”*¹⁴.

Y añade: *“es a través de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la mismidad de la prueba”*¹⁵. *“Por ello, la actuación policial con inobservancia del protocolo establecido, que exige la documentación de todos los actos, determina que la prueba pericial no pueda ser verosímil y se podría llegar a la descalificación total de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía.”*¹⁶. Por otro lado ha afirmado que: *“la ausencia de determinados datos, como la identificación del número de placa de los funcionarios encargados de la custodia, simplemente supone que nadie se ha hecho responsable de ese objeto, es decir, que es verosímil que haya podido estar en manos de cualquiera”*¹⁷.

El propio Tribunal Constitucional ha dado una definición de lo que debe entenderse por “cadena de custodia”, esto es: *“un procedimiento documentado a través del cual se garantiza que lo examinado por el perito es lo mismo que se recogió en la escena del delito y que, dadas las precauciones que se han tomado no es posible el error o la contaminación y así, es posible el juicio científico del perito que, tras su ratificación en juicio, adquirirá el valor de prueba”*. No es extraño por tanto que luego infiera que no se verá cumplida su preservación si se comprueba que no se procedió al correcto sellado y precintado de los elementos probatorios, *“lo que acredita que se ha producido una deficiente custodia policial de dicho material, que no estaba a salvo de eventuales manipulaciones externas, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo”*. En consecuencia, se muestra rotundo al afirmar: *“ante una rotura de la cadena de custodia de una prueba, resulta prácticamente imposible defenderse en el caso de que los tribunales estén dispuestos a validarla y sirva como prueba de cargo”*.

3.3 Manuales de procedimiento dentro de la Policía Científica

Hasta este punto ha quedado claro que esa especie de “corpus iuris” al que nos referíamos al tratar de enmarcar normativamente la llamada “cadena de custodia”, tiene que complementarse, obligatoriamente, con una serie de procedimientos, protocolos de actuación que garanticen la “trazabilidad”, no sólo de las pruebas de ADN, sino de todo indicio susceptible de ser recogido en la escena del crimen. Con lo que se requerirá, en primer lugar, la definición de una serie de pasos que permitan realizar el trabajo o tarea concreto, no sólo de forma correcta, sino que también unificado y protocolizado. Por lo tanto esas normas de procedimiento han de estar perfectamente definidas primeramente por los responsables de los servicios o áreas específicas de investigación científica.

¹³ STS 240/2010, de 24 de marzo.

¹⁴ STS 1349/2009, de 29 de diciembre.

¹⁵ STS 1190/2009, de 3 de diciembre.

¹⁶ STS 501/2005, de 19 de abril.

¹⁷ STS 53/2011, de 10 de febrero.

¿Pero quién valida y dice que estas normas de procedimiento son las más adecuadas para conseguir el fin establecido? La respuesta tiene que ver con todo un sistema de calidad y acreditación. Para el caso de España, y más concretamente para los laboratorios de biología-ADN de las Comisaría General de Policía Científica, nos estamos refiriendo a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) que, conforme a unos estándares internacionales, normas ISO 17020 e ISO 17025, acreditan que esas normas de actuación son correctas, se aplican adecuadamente y son llevadas a cabo con independencia de quién y dónde se realicen.

Parece necesario por tanto que la actividad de los investigadores científicos en la escena, esté imbuida de un formalismo y unos protocolos de actuación fuera de toda duda. Y que estos necesitan la consiguiente plasmación documental y gráfica, de forma que se deje constancia de cada una de las actuaciones llevadas a cabo, de todos los indicios y evidencias halladas y recogidas, cuyo objetivo último es dotar de valor jurídico a su actuación.



Tabla 1. Trazabilidad en el proceso de la cadena de custodia.¹⁸

Queda claro por tanto que documentar, diligenciar cada fase del proceso, es de vital importancia de cara a garantizar la mentada “trazabilidad” de cada indicio o muestra. Y vital es, también, la confección del Acta de Inspección Ocular. Es, en definitiva, el pilar sobre el que descansa todo el proceso de la cadena de custodia.

¹⁸ Policía Científica, 100 años de Ciencia al servicio de la Justicia. Ministerio del Interior. Comisaría General de Policía Científica. 2011. Pág. 327.

Como actuación básica que está perfectamente protocolizada conforme a unas normas básicas de procedimiento general, integra a modo de esquema las siguientes fases:

- i. Protección y preservación del lugar de los hechos.
- ii. Recopilación de información preliminar.
- iii. Observación, valoración y planificación.
- iv. Fijación del lugar de los hechos.
- v. Búsqueda y tratamiento de las evidencias.
- vi. Liberación del lugar de los hechos.
- vii. Fase documental y remisión de evidencias.

Podemos concluir este apartado diciendo que las evidencias que aporta la policía científica al proceso penal, contribuyen, como se ha visto, de forma determinante, a esclarecer los hechos y fundamentar, no sólo la condena del culpable, sino que también la que podría ser absolución del inocente. Todo ello conforme a un plan protocolizado que garantice la “cadena de custodia”. Este concepto, aunque carente de regulación legal como ya se ha dicho, está avalado por los procedimientos internos de actuación de cada área de trabajo o especialidad; los cuales, a su vez, cumplen con las exigencias y estándares de calidad que certifican entidades externas como la ya mencionada Entidad Nacional de Acreditación (ENAC). Se trata, al fin, de que la estricta adecuación a los protocolos permita afirmar que la prueba pericial adquiere validez y eficacia de cara a la vista oral, logrando en la mayoría de los casos desvirtuar la presunción de inocencia de tal manera que no se pueda objetar tacha alguna por negligencia en la custodia policial. En este punto y con un sentido de autocritica que sirva para ilustrar lo que hasta aquí venimos argumentando en favor de la escrupulosa aplicación de los protocolos de actuación, transcribimos parte del artículo “Un intruso en la escena”¹⁹, en el que a este tenor, refiere: “(...) *Ahora bien, dando por bueno que tenemos medios y experiencia suficiente para escrutar una escena criminal con garantía de éxito ¿qué ocurre cuando aquélla se ve desdibujada o contaminada por todos aquellos profesionales que acuden antes que los especialistas de la policía científica, a realizar las actividades propias de su especialidad? Claro que, en esto los protocolos parece que lo dejan bastante claro aludiendo a un concepto teórico que cuesta no poco esfuerzo llevarlo a la práctica. Es la coordinación. Pero seamos claros, en ocasiones, cuando se comete un delito de cierta alarma social, dígase una agresión sexual, un homicidio, un asesinato....., la coordinación de la que hablamos, al menos en los primeros momentos del hecho, es difícil hacerla efectiva. Empezando por el propio círculo de personas que interrelacionan en primera instancia con el agresor o la víctima –que no tienen porque coordinarse ni falta que les hace-, continuando por los curiosos –que los hay a cientos-, siguiendo con los medios de comunicación, servicios sanitarios, comisión judicial..., finalizando con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, dentro de éstos, los que integran las distintas especialidades. Total, que cuando se produce un hecho en el que por ejemplo hay una importante cantidad de sangre esparcida por aquí y por allá, la escena, puede convertirse en un chapazal con romería incluida. Lógicamente esto supone una merma importante en la calidad que se persigue cuando se lleva a cabo la Inspección Ocular Técnico Policial. Por eso es fundamental que los funcionarios de policía que llegan primero al lugar de los hechos, adopten una serie de medidas de protección tendentes a la protección integral del lugar, evitando también*

¹⁹ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3308125> [Consulta: 05 de mayo de 2015]
CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto. “Un Intruso en la escena”. *Quadernos de Criminología, “QdC”*. *Revista de Criminología y Ciencias Forenses*. N° 10, 2010, págs. 28 y 29

las injerencias de personas no autorizadas. Pensemos que el escenario criminal y sus circunstancias, son una de las pocas fuentes de información donde el autor deja su tarjeta de visita, de modo que podamos relacionar su autoría con el hecho. Podremos tener excelentes maletines con reactivos, kits de recogida de muestras, pinceles, cámaras fotográficas y luz forense, pero si el pelo que tenemos que recoger del dorso de la mano de la víctima es de su vecino, la colilla del cenicero la dejó el policía, el médico forense o el propio juez, o las huellas dactiloscópicas halladas en el auricular del teléfono son del médico del 112... ¿De qué coordinación estamos hablando? Sí, habremos acudido unos detrás de otros o quizás todos a la vez; cada uno habrá llevado a cabo su trabajo con exquisita profesionalidad. Nada que decir, pero la coordinación tiene que admitir ese plus de profesionalidad de hacer bien mi trabajo pensando en los que van a venir después, y ello supone no hacer desaparecer los indicios ni contaminarlos; preservar en la medida lo posible lo que me encuentro. Es sencillo. A priori, colocarse unos simples guantes de látex, unas calzas o evitar dejar rastros innecesarios, es sinónimo de calidad. De eso hablamos cuando se gestionan bien los recursos humanos y materiales, cuando los trabajos están hechos por personal especializado que está sometido a una formación permanente y actualizada. Cuando los protocolos de actuación se adecuan lo más posible a los casos que se puedan dar, ya que su flexibilidad permitirá encajar dentro de lo razonable ciertos imponderables. También la famosa cadena de custodia es un hecho de calidad. Ésta garantiza la identidad y la integridad de los vestigios o muestras que pueden ser fuente de prueba en un hecho criminal. Su adecuación desde el primer momento en que aparecemos en escena, es la mayor garantía de éxito de cara al proceso en su momento culmen: la recreación de la prueba con total asepsia en la vista oral.

Quién sabe, pero quizás Locard, consciente o no, ya contaba con los “intrusos de la escena criminal” cuando formuló su otro axioma de que <no hay delitos perfectos sino mal investigados>.”

3.4 Criterios generales de selección, manejo y recogida de vestigios

Es evidente que la propia recogida de vestigios condiciona sobremanera, desde el primer momento, la denominada cadena de custodia. Por eso hay que tener algún criterio, algún procedimiento que permita elegir lo que pueda analizarse para convertirse en prueba o aportar algún tipo de información relevante. Por lo tanto, estamos hablando de que hay que distinguir lo que será útil de aquello otro que sólo servirá para consumir recursos y retrasar la investigación. Estamos hablando, por tanto, de que hay que recoger vestigios que sean mínimamente lógicos y mínimamente cotejables; también aquellos que no cuadren en la normalidad del medio y por supuesto los no reiterativos. Por otro lado, se deben manejar los vestigios con seguridad: extremar el cuidado con los cristales rotos, las jeringuillas, los tóxicos, las armas.... Aunque le dedicaremos una apartado aparte a los indicios biológicos susceptibles de contener ADN, es importante recordar que hay que manejarlos sin deteriorarlos ni contaminarlos. Es de vital importancia de cara a la trazabilidad de la prueba desde los primeros momentos de su manejo, el etiquetado y singularizado con referencia única y lugar exacto de su procedencia. De vital importancia para preservarlo es, también, introducirlo en un envase individual limpio más adecuado a su tamaño y naturaleza, a su vez etiquetado con la misma referencia que su contenido. Para establecer descartes conviene no olvidar los blancos ni los indubitados.

En definitiva se trata de llevar a cabo una buena praxis en la recogida y envío de las muestras, sobre todo cuando nos estamos refiriendo a los indicios biológicos; pues si esta etapa no cumple los requisitos legales y científicos mínimos, la prueba va a ser rechazada en

el juicio oral. Si la evidencia no está perfectamente documentada, su origen va ser cuestionado; si no está bien recogida puede perder las propiedades biológicas que son objeto de estudio; si no está perfectamente empaquetada puede ser susceptible de contaminación, y si no se toman las precauciones debidas para evitar la putrefacción es posible que no se obtengan los resultados esperados.

3.5 Reglas básicas para la recogida de indicios biológicos

En cuanto la protección hay que recordar que la recogida de los rastros biológicos es sinónimo de “rastros infecciosos”, con lo que es necesario extremar las precauciones para no cortarse ni pincharse; al tiempo que se aconseja tapar las heridas. Y como una cosa lleva a la otra es fundamental, para no contaminar, usar mascarilla y guantes o útiles limpios (pinza, rascador) distintos para cada pieza. Según el caso utilizar también gorro, calzas o un mono completo. En lo que se refiere a los guantes, su uso es imprescindible por dos motivos: el primero para no contaminar la muestra biológica con nuestro ADN. Nuestro tejido epitelial (piel) contiene células nucleadas portadoras de nuestro ADN y, dado que las técnicas moleculares que se utilizan en los laboratorios de biología son muy sensibles y capaces de detectar más de un tipo de ADN en una sola muestra, aunque la cantidad sea mínima, es indispensable el uso de guantes del látex. Por supuesto que queda terminantemente prohibida su reutilización. La segunda razón que aconseja su uso es, como se ha dicho al principio, evitar que el propio investigador se contamine con la muestra. Una última recomendación sobre los guantes de látex, es que su uso se debe mantener durante todo el proceso de manipulación de las muestras biológicas; es decir, no sólo durante la recogida sino durante todo el tiempo que dure el proceso de empaquetado para su envío al laboratorio. Añadir por fin en este apartado que, por el mismo motivo (la posibilidad de contaminación) no se debe fumar, comer, hablar o toser mientras se realiza la recogida de muestras.

¿Por qué no se deben usar envoltorios de plástico? Pues básicamente porque los envoltorios de plástico provocan que se aceleren los procesos de putrefacción y que la muestra biológica se estropee. Si por otro lado la muestra está húmeda, cuando llegue al laboratorio, no se podrá analizar debido a que han proliferado en ella los microorganismos y consiguientemente se habrá degradado el ADN que contenía. Otra cuestión en esta línea de argumentación es que los hisopos o torundas que se utilizan para la recogida de muestras (incluidas la que se utilizan para los frotis bucales), nunca deben introducirse en botes o fundas de plástico. Ciertamente existen otras muestras biológicas que sí se pueden empaquetar en envoltorios de plástico, caso del pelo, por ejemplo; aunque para ello se requiere que éstos no estén húmedos ni presenten restos de otro fluido como bien podría ser la sangre. A pesar de lo dicho y para evitar confusiones, se recomienda la norma de usar siempre cajas o sobres de papel.

Cuando tratamos los aspectos jurídicos de la cadena de custodia, nos referimos en algún momento al hecho necesario de tener que documentar la recogida de muestras. Es fundamental, por tanto, enviar junto con las muestras recogidas un oficio/acta en la que conste la relación y descripción de todas ellas, así como el lugar de recogida; dejando también reflejado la analítica que se solicita al laboratorio correspondiente, de tal manera que se eviten análisis innecesarios que puedan agotar las pruebas. De este modo quedarán también documentados los eslabones por los que tiene que pasar el indicio que apunta a convertirse en prueba de cargo.

Y ya que estamos hablando de documentar todo el proceso, es conveniente añadir que no hay que olvidarse del documento de consentimiento en caso de tomar una muestra indubitada a un individuo implicado en los hechos. Nos estamos refiriendo mayormente a las víctimas vivas, a los testigos y por qué no a los sospechosos, pues los detenidos/imputados, como veremos más adelante, son motivo de estudio aparte. En consecuencia y a efectos de legalidad, al tiempo que se evita la invalidación de la prueba pericial, es muy importante que las muestras indubitadas de los sujetos a los que nos hemos referido, estén acompañadas de un documento firmado por los mismos en el cual se refleje su consentimiento en dar la muestra biológica. En dicho documento debe constar el nombre completo y el DNI del donante de la muestra (o el de su representante en el caso de menores sin DNI). Este documento que acredite el consentimiento también incluirá los datos del profesional/investigador que toma la muestra.

3.6 Vestigios biológicos de interés

Conviene reseñar cuáles son los soportes que contienen ADN. Así podríamos decir que estará presente en cualquier cosa que tenga o arrastre células nucleadas, es decir, interesa todo rastro (por mínimo que sea) de: sangre, semen, piel, saliva, bulbo activo del pelo arrancado, cartílago, uña, caspa, cerumen, moco, hueso, diente, carne o tejido blando (muscular, nervioso, visceral, adiposo). En contra de lo que se pueda creer, generalmente, no son idóneos para el estudio del ADN nuclear: la orina, las heces, las lágrimas y el sudor. En lo que se refiere a este último conviene destacar que una gota del mismo no contiene ADN; pero sí lo tendrá el pañuelo con el que te has limpiado el sudor de la frente, o el que se deposita en el cuello de la camisa. Y ello es así porque, al tejido que sea, se suelen quedar adheridas células epiteliales válidas, y que llegan a este lugar por pura fricción.

3.6.1 Recogida y envío de las muestras de sangre

Leyendo el artículo “Un intruso en la escena II”²⁰, se dice: “(...) *Todos los indicios son importantes, pero quizás, desde hace una década, la tecnología del ADN ha adquirido un protagonismo especial cuando tenemos que recoger y analizar indicios biológicos de interés criminal. Hoy, podemos extraer material genético de cualquier indicio biológico (sangre, pelos, semen, restos epiteliales, saliva..., etc.) e incluso, con las nuevas técnicas de amplificación genética (PCR: o reacción en cadena de la polimerasa), a partir de cantidades mínimas de material genético –picogramos- o muestras de éste muy degradado, se ha conseguido una información muy precisa a cerca de la identidad de la persona de la que procede el indicio. Con lo que, resumiendo, el resultado de la prueba del ADN tendrá mucho que ver con la calidad de aquélla, pero más por cómo se realice la recogida y el envío al laboratorio. Además, la admisibilidad de la prueba por los tribunales, con garantía suficiente de autenticidad e integridad, pasa necesariamente por un filtro de calidad que se llama cadena de custodia.*”. Pues bien, este apunte hace que nos centremos en cuáles son esas reglas básicas que requiere la recogida y envío de los que consideramos son indicios estrella a la hora de contener material genético analizable. Así, abordaremos muy someramente la saliva, el espermatozoides y la sangre. Comencemos por este último.

La sangre la podemos encontrar en diferentes estados: líquida o en forma de mancha. En cuanto a su aspecto conviene reseñar que éste varía en función de la antigüedad y el

²⁰ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3359378> [Consulta 6 de mayo de 2015]
CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto. “Un Intruso en la escena II”. *Quadernos de Criminología “QdC”*. Revista de Criminología y Ciencias Forenses. N° 11, 2010. Págs. 14-16.

soporte en el que se asienta. Por aplicar alguna regla orientativa diríamos que la sangre es tanto más antigua en función de que esta sea más oscura. Con lo que serán las condiciones ambientales (el microclima), las que determinen el aspecto de la mancha.

Como norma general la sangre líquida ha de ser extraída por un médico forense, bastando en este caso con una cantidad que estará en torno a 5 ml. Por supuesto el tubo ha de estar perfectamente etiquetado, contendrá anticoagulante y se mantendrá preferiblemente refrigerada (4-8°C).

Si la mancha de sangre se asienta sobre una superficie absorbente, en la medida de lo posible remitiríamos el soporte al completo. Pero si el soporte es de grandes dimensiones se recortará la zona manchada dejando un margen de uno o dos centímetros sin mancha. Se recuerda una vez más que es aconsejable mandar la prenda bien seca y en bolsa de papel, ya que de lo contrario, si se envía húmeda y en una bolsa de plástico, el proceso de putrefacción se acelera.

Si la mancha de sangre se encontrase sobre una superficie no absorbente, si es posible remitir el soporte al completo, lo haremos; si no se puede trasladar hay dos formas de recoger la mancha: bien mediante raspado (indispensable en este caso que ya se encuentre en estado sólido); bien mediante una torunda. Con este sistema podremos recoger tanto machas secas como húmedas, con la particularidad de que en éstas últimas no necesitamos humedecer la torunda en agua destilada o suero fisiológico y en las secas sí (ligeramente). Incluiremos en este punto una excepción a la recogida por raspado o mediante torunda de restos de sangre sobre una hoja de papel vegetal. En este caso remitiríamos la hoja al completo, pues, este tipo de papel, retiene en su estructura el componente celular de la sangre (que es donde se encuentra el ADN). Con el raspado o la torunda lo único que conseguiríamos es llevarnos hemoglobina, la cual carece de ADN.

3.6.2 Recogida y envío de las muestras de saliva

Ya hemos dicho con anterioridad que la saliva es un fluido corporal que no contiene por sí misma componente celular y por lo tanto de ADN. Lo que ocurre es que se encuentra en un medio que es rico en células epiteliales (epitelio bucal). Estas células se desprenden continuamente y llegan a formar parte de la saliva. Como las muestras del frotis bucal de los detenidos será tratado en un epígrafe posterior, centrémonos en este punto en las muestras dubitadas que se pueden localizar en distintos soportes. Tal es el caso de los filtros de cigarrillo, chicles, cepillos de dientes, sobres y sellos. La primera norma que se ha de aplicar en su recogida es la utilización de pinzas, evitando en todo momento el contacto directo con las manos. Ya se ha dicho que, en caso de varias vuestras –sea el caso de los filtros de un cenicero-, estos han de ser recogidos de manera independiente.

Para la saliva que hay en los vasos, botellas y latas de bebida, se utilizará un hisopo impregnado en suero salino que se pasará por la zona donde presumiblemente han estado apoyados los labios.

Si la saliva se encuentra sobre prendas que presumiblemente han sido utilizadas para comer, por ejemplo, atracos, robos..., es recomendable la recogida y remisión de la prenda al completo.

Por último, cabe decir que es bastante frecuente el uso de la saliva como muestra biológica indubitada (de referencia), pues en contraposición con la extracción de sangre, resulta un método no invasivo; aunque esta operación, realizada sobre una persona detenida, veremos más adelante que tiene ciertas especialidades.

3.6.3 Recogida y envío de las muestras de esperma

La recogida de muestras de esperma en el campo de la Biología Forense, cobra especial significación cuando nos estamos enfrentando a un delito contra la libertad sexual. Parece pues bastante lógico que los investigadores realicen la búsqueda sobre la víctima y sobre el agresor, debiendo tomarse muestras en el canal vaginal, recto y faringe de la víctima (según sea el tipo de agresión y correspondiendo esta función al médico forense). Luego serían los miembros de la Policía Científica los que buscasen indicios en ropa de la víctima y del agresor, especialmente en la interior. Así pues, se recomienda el uso de torundas que posteriormente se guardarán en fundas que no contengan ningún tipo de conservante. En lo que respecta al lavado vaginal, este se realizará por el médico, utilizando para ello 10cc de suero fisiológico, etiquetándolo y preservándolo mediante refrigeración adecuada.

Las manchas de semen en superficies absorbentes, dígase ropa interior, medias, pañuelo con el que posiblemente se limpiara la persona agredida, etc., deben ser recogidas y remitidas al completo como en el caso de las machas de sangre. La búsqueda de esperma en ropas se puede realizar mediante luz ultravioleta o luz láser. Si la mancha se asienta en una superficie no absorbente, bastará una torunda humedecida en suero salino (ligeramente) para su recogida.

Para finalizar este apartado es conveniente añadir que todos los protocolos de actuación policial hablan de la conveniencia de acompañar a las muestras, un breve cuestionario donde han de figurar datos como el tipo de agresión (vaginal, anal, oral, eyaculación externa...) el número de agresores, si estos usaban preservativos o si la víctima se lavó después de la agresión. A todo ello se ha de sumar una muestra biológica indubitada de la víctima y del agresor, si existiese sospechoso (frotis bucal); siempre con su consentimiento.

4. La Ley Orgánica 10/2007

Para hablar de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, nos parece adecuado comenzar adelantando una conclusión: y es que, a nuestro juicio, podría ser mejorable; sin tacha para las aportaciones positivas que también las tiene. Por tanto, creemos que se ha desaprovechado una gran oportunidad para legislar bien, permitiendo que el ADN sea la clave que abra las puertas al investigador cuando aborde la resolución de los delitos más graves.

A estas alturas nadie tiene dudas de que el alcance técnico del ADN es indiscutible, habiendo sido reconocido jurídicamente su validez identificativa individual a partir de la zona “no codificante” (no se podrá clasificar información contenida en el ADN relativa a otras características genéticas como pueden ser: origen étnico, parentesco, enfermedades, disfunciones, etc.). Pero esta primera aproximación no es sinónimo de que el uso de las muestras biológicas en el proceso penal sea un tema resuelto. Más bien al contrario, existe en la actualidad un debate jurisprudencial, sobre todo, acerca de si la toma de la muestra dubitada del detenido, tal y como viene regulado en la mentada L.O 10/2007, respeta los derechos fundamentales de aquél. Así pues, a modo introductorio, recordemos en este punto cuáles son los derechos fundamentales afectables.

Primero estaría el derecho a la dignidad, regulado en el artículo 10 de la CE; el cual refiere que ha de ser ejecutada de manera que menos afecte al imputado y siempre por profesional. El siguiente en cuestión sería el derecho a la integridad física, regulado en el artículo 15 de la CE; que viene a decir que no se ha de causar menoscabo o lesión en el cuerpo del autor a la hora de averiguar los hechos en los que ha podido tomar partido. En definitiva se garantiza su incolumidad. Claro que hay que puntualizar que no le afecta la inspección o examen corporal, sino la intervención, esto es: extraer del cuerpo elementos (sangre, orina, uñas, pelos, biopsias, punción lumbar, extracción de bulbo raquídeo..), o las exposiciones a radiaciones (rayos X, resonancias), para las que siempre va a necesitar autorización judicial. El siguiente sería el derecho a un proceso con todas las garantías, regulado en el artículo 24.2 de la CE²¹. En él se desarrollan cuestiones no exentas de controversia como es la presencia del abogado, cuestión que por su trascendencia será tratada con posterioridad y de forma más prolija. Un derecho fundamental más sería el derecho a la intimidad (confidencialidad y reserva; exclusión), regulado en el artículo 18.1 de la CE²². Aunque por la manera de hacerla no le afecta a la intimidad corporal, sí le afecta la información que deriva de la pericia (STC 14/2/05). También le afectaría si su obtención se hace de partes íntimas; si no es así, y para el caso que nos ocupa, por su escasa incidencia y no afectación a los elementos codificados, no afectaría –como ya se ha dicho- a este derecho. (STC 5/12/13 y 27/3/14), y por lo tanto no precisaría autorización judicial (STS 10/10/13). Habría un último aspecto del derecho a la intimidad que resultaría

²¹Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

²² Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

afectable, y este sería en el apartado cuarto del artículo 18 de la CE²³, esto es, el tratamiento que se hace con los datos personales automatizados.

Hecha esta primera aproximación, veamos ahora cómo esa forma de realizar un contraste entre los restos biológicos (dubitados e indubitados), requirió en su momento que toda esa información de innegable valor y a los solos efectos que precisa la investigación criminal, estuviese contenida en una base de datos y a disposición del operador que tratase de averiguar otros hechos criminales. Claro que esta regulación tendría que estar en consonancia con lo que establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1999 sobre protección de datos de carácter personal, de 13 de diciembre (y así consta en su disposición adicional segunda), en lo referido a obtención de datos, tratamiento, cesión y cancelación. En principio, la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir del ADN, dejaba resuelto este problema. Tanto es así que la propia Ley, en su preámbulo, justifica esta necesidad diciendo: “ (...) *Por un lado, resulta indudable que los avances técnicos permiten hoy que la obtención de datos exclusivamente identificativos a partir de una muestra de ADN se pueda realizar de manera rápida, económica y escasamente limitadora de los derechos ciudadanos. Por otro, la sociedad viene exigiendo que las autoridades, judiciales y policiales, encargadas de la persecución de los delitos, cuenten con los instrumentos de investigación más eficientes posibles, especialmente en la lucha contra aquellos crímenes que generan mayor alarma social. Finalmente, no puede olvidarse que la creciente globalización de los delitos y la paralela asunción por parte de España de una serie de obligaciones recíprocas con otros países para compartir la información disponible en los respectivos ficheros y bases de datos exigen la adopción de las medidas materiales y jurídicas adecuadas*”.

Llegado este punto -y ya que la propia LO 10/2007 así lo contempla-, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 326 de la L.E.Cr, reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre: “*Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia y naturaleza del hecho.*

A este fin hará consignar en los autos la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren, los accidentes del terreno o situación de las habitaciones, y todos los demás detalles que puedan utilizarse, tanto para la acusación como para la defensa.

Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”.

O lo dispuesto en el artículo 363 de la L.E.Cr, cuando dice: “*Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.*

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección,

²³ La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Conocido este primer antecedente, vayamos desmenuzando otros aspectos que nos permitan diseccionar en profundidad el calado de una ley que, dicho sea de paso, se nos antoja extraordinariamente corta (nueve artículos y unas pocas disposiciones adicionales), con las que se ha pretendido regular una materia cuanto menos compleja a tenor del debate que provoca su adecuada aplicación. Tratemos en primer lugar el aspecto de su naturaleza jurídica. Adelanta su artículo 1 lo siguiente:

“(…) integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas”.

Quiere decir que los datos que contiene dicha base no se utilizan exclusivamente para la investigación de ilícitos penales, sino que también para otros fines distintos a los primeros. Estamos pues ante una base de datos de doble naturaleza (sometida al control del Ministerio del Interior, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad; artículo 2 de la mencionada Ley); por un lado cumple la función administrativa, asimilado a lo que podíamos denominar “policía mortuoria”, y por el otro lado cumple con su naturaleza de lucha contra la criminalidad. Recordemos en este punto que esta base de datos no deja de engrosar la lista de bases de datos que diariamente manejan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con la salvedad hecha de que ésta, por su calado, goza de una regulación a través de Ley Orgánica, y la de SAID (Sistema Automático de Identificación Dactilar), por poner un ejemplo, se ha creado a través de una Orden Ministerial.

En cuanto a su contenido toca mencionar cuáles son los datos que se pueden inscribir en esta base y en qué supuestos. En este sentido tenemos que diferenciar una vez más entre datos cuyo fin es administrativo y datos cuyo fin es policial. Respecto del primero parece que no hay duda al concretar en su artículo 3.1b), lo siguiente: *“los patrones identificativos obtenidos en los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas”.* Pero si leemos el artículo 3.1a) vemos que la complejidad aumenta a la hora de decidir qué datos deben ser incluidos en la base. Dice así el referido artículo: *“Se inscribirán en la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN los siguientes datos: Los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el artículo 282 bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴ en relación con los delitos enumerados”.*

²⁴ A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes:

- a) Delitos de obtención, tráfico ilícito de órganos humanos y trasplante de los mismos, previstos en el artículo 156 bis del Código Penal.
- b) Delito de secuestro de personas previsto en los artículos 164 a 166 del Código Penal.
- c) Delito de trata de seres humanos previsto en el artículo 177 bis del Código Penal.
- d) Delitos relativos a la prostitución previstos en los artículos 187 a 189 del Código Penal.

Para completar este apartado y saber qué es lo que se anota en la base hay que recurrir a la Disposición adicional tercera (obtención de muestras biológicas), la cual refiere: “*Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito*”. Y para mayor abundamiento hay que decir que, por “datos obtenidos” se deben entender los que han sido facilitados voluntariamente y aquéllos otros en los que tiene que intervenir la autoridad judicial imponiéndolo mediante auto. En este sentido concluye la Disposición adicional tercera: “*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*”.

Ya tenemos relacionados los delitos que llevan aparejados indicadores de delincuencia organizada, pero el apartado a) del artículo 3.1 también se refiere a los “delitos graves” (artículo 13.1 en relación con el 33.2 del Código Penal).²⁵ Y debemos llamar la atención

-
- e) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico previstos en los artículos 237, 243, 244, 248 y 301 del Código Penal.
 - f) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.
 - g) Delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los artículos 312 y 313 del Código Penal.
 - h) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previstos en el artículo 318 bis del Código Penal.
 - i) Delitos de tráfico de especies de flora o fauna amenazada previstos en los artículos 332 y 334 del Código Penal.
 - j) Delito de tráfico de material nuclear y radiactivo previsto en el artículo 345 del Código Penal.
 - k) Delitos contra la salud pública previstos en los artículos 368 a 373 del Código Penal.
 - l) Delitos de falsificación de moneda, previsto en el artículo 386 del Código Penal, y de falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, previsto en el artículo 399 bis del Código Penal.
 - m) Delito de tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos previsto en los artículos 566 a 568 del Código Penal.
 - n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del Código Penal.
 - o) Delitos contra el patrimonio histórico previstos en el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

²⁵ Art. 13.1 Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. Art. 33.2 Son penas graves:

- a) La prisión superior a cinco años.
- b) La inhabilitación absoluta.
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- j) La privación de la patria potestad.

porque incluye un último paquete en el que dice que también se anotarán en la base aquellos delitos que “no siendo graves afecte su comisión a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas y los delitos contra el patrimonio en los que se haya empleado fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas”. El último punto del artículo 3 recoge los casos en los que los datos identificativos obtenidos a partir del ADN también se inscribirán si es el afectado quien presta expresamente su consentimiento. Dicho de otro modo, la interpretación que se ha hecho de este último punto, viene a decir que, aparte de incorporar a la Base los perfiles de sospechosos, detenidos e imputados, también se podrán incorporar aquéllos otros perfiles que pertenezcan a personas “no sospechosas”, quienes accederían a prestar, voluntariamente, muestras celulares para su archivo. De este modo, con todos los datos a los que hemos hecho mención, previamente inscritos en la base, podemos llegar a la consecución de dos fines; el primero: cotejar un hallazgo del que fuera titular desconocido con los perfiles ya identificados obrantes en la base; y dos: que estos restos, de momento anónimos, se pudieran identificar a través de los restos obtenidos con posterioridad en otro procedimiento.

Ha quedado de manifiesto en qué casos podemos introducir datos en la base; veamos ahora cuáles son los que permite la ley que introduzcamos. Este aspecto parece meridianamente claro si hacemos mención al artículo 4 de la Ley: “*Sólo podrán inscribirse en la base de datos policial regulada en esta Ley los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo*”. Es lógico, una base dedicada a la investigación criminal no necesita otros datos “sensibles”; con que esa información genética revele la identidad de la persona y el sexo, es más que suficiente. Si además de estos datos básicos recogiese otros “datos codificantes”, se estaría vulnerando los derechos a la intimidad y privacidad del titular de los mismos.

Si hemos dicho con anterioridad que la base es de naturaleza policial, parece lógico pensar que el acceso a la misma, el funcionamiento, así como el uso y la cesión de datos – con los propios límites que la propia ley prescribe- esté en manos de personal policial. Y así lo determina el contenido del artículo 6, al referir: “*La remisión de los datos identificativos obtenidos a partir del ADN, para su inscripción en la base de datos policial en los supuestos establecidos en el artículo 3 de esta Ley, se efectuará por la Policía Judicial, adoptándose para ello todas las garantías legales que aseguren su traslado, conservación y custodia*”. A pesar de lo dicho, el artículo 5, apartado primero, prevé expresamente sobre la Autoridad Judicial, lo siguiente: “*(...) Corresponderá a la autoridad judicial pronunciarse sobre la ulterior conservación de dichas muestras o vestigios*”. Quiere esto decir que la forma de administrar la base en ese momento de la inclusión de datos, le es ajena al juez. Y si hubiese que resolver cuestiones que están encomendadas al responsable del fichero, estaríamos hablando de un procedimiento distinto al que motivó la toma de datos biológicos en primera instancia, estando sujeta la actividad del operador, exclusivamente, a los principios rectores de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Ya hemos dicho que es una base de datos policial, en este caso compartida por los dos colectivos que dependen del Ministerio del Interior (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil); lo que quiere decir que el uso de los datos que contiene está reservada a ellos, y además a jueces y fiscales españoles, previa petición a los primeros. Pero la ley también regula a qué colectivos podrán cederse datos que contenga la base (art. 7.3):

a) *“A las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales ratificados por España y que estén vigentes.”*²⁶

b) *A las Policías Autonómicas con competencia estatutaria para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad pública, que únicamente podrán utilizar los datos para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3 de esta Ley o, en su caso, para la identificación de cadáveres o averiguación de personas desaparecidas.*

c) *Al Centro Nacional de Inteligencia, que podrá utilizar los datos para el cumplimiento de sus funciones relativas a la prevención de tales delitos, en la forma prevista en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia”.*

Tendríamos que realizar un último apunte para dar por finalizado este apartado. Nos queda, pues, preguntarnos qué laboratorios están debidamente acreditados para realizar las pruebas de contraste. La respuesta viene dada en la Disposición adicional cuarta, que dice así: *“A los efectos de lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley, los laboratorios del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses podrán realizar los correspondientes análisis del ADN para identificación genética, de acuerdo con las funciones que le atribuye la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial”.* Si bien es cierto que no se pone reparo en que también haya otros laboratorios autorizados que bien podrían depender de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Con la única premisa de que tendrán que superar los controles periódicos de calidad a que sean sometidos. Y ya por fin, una última cuestión. La defensa, ¿podría impugnar un resultado del laboratorio acreditado y pedir una contrapericial? Todo apunta a que sí. De lo contrario se podría estar vulnerando el derecho de defensa.

Llegamos al final del articulado de esta Ley donde se regula la cancelación. Si se incluyen datos de perfil genético en la base de datos, limitando un derecho fundamental con cierta previsión legal, es lógico por tanto que exista una contrapartida. Y esta viene dada por la cancelación; esto es, cuando el motivo que originó la recogida, desaparece. Es el artículo 9 el que preceptúa este supuesto.²⁷

²⁶ Eurojust, Europol, países UE y estados que hayan ratificado el Convenio 108 de Europa, esencialmente.

²⁷ La conservación de los identificadores obtenidos a partir del ADN en la base de datos objeto de esta Ley no superará:

El tiempo señalado en la ley para la prescripción del delito.

El tiempo señalado en la ley para la cancelación de antecedentes penales, si se hubiese dictado sentencia condenatoria firme, o absolutoria por la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad, salvo resolución judicial en contrario.

En todo caso se procederá a su cancelación cuando se hubiese dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por causas distintas de las mencionadas en el epígrafe anterior, una vez que sean firmes dichas resoluciones. En el caso de sospechosos no imputados, la cancelación de los identificadores inscritos se producirá transcurrido el tiempo señalado en la Ley para la prescripción del delito.

En los supuestos en que en la base de datos existiesen diversas inscripciones de una misma persona, correspondientes a diversos delitos, los datos y patrones identificativos inscritos se mantendrán hasta que finalice el plazo de cancelación más amplio.

2. Los datos pertenecientes a personas fallecidas se cancelarán una vez el encargado de la base de datos tenga conocimiento del fallecimiento. En los supuestos contemplados en el artículo 3.1 b), los datos inscritos no se cancelarán mientras sean necesarios para la finalización de los correspondientes procedimientos.

El problema radica en que la cancelación debiera realizarse de oficio y la misma no puede llevarse a efecto porque, siendo la base un registro de carácter policial y no judicial, desconoce el propio Ministerio del Interior cuándo se produce una sentencia absolutoria o la cancelación del antecedente penal, ya que no se le comunica. Aumenta el problema si quien administra el registro tiene que valorar por sí mismo cuándo un hecho ha prescrito, siendo sobradamente conocido por todos que la interrupción y continuidad de los plazos está sujeto a infinidad de circunstancias procesales y materiales. Hay una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que apoya esta tesis de la cancelación. Es el caso *S. y Marper contra el Reino Unido*, el cual dice: *“El principio general es que las informaciones se eliminan cuando ya no sean necesarias para los fines para los que fueron recogidas y utilizadas. Éste sería generalmente el caso cuando se ha dictado una resolución definitiva referente a la culpabilidad del autor”*. *“(…) El tribunal concluye 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”*.

-
3. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación en relación con la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN se podrá efectuar en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.
 4. Los identificadores obtenidos a partir del ADN respecto de los que se desconozca la identidad de la persona a la que corresponden, permanecerán inscritos en tanto se mantenga dicho anonimato. Una vez identificados, se aplicará lo dispuesto en este artículo a efectos de su cancelación.

5. Legislación Internacional

En el año 1992 se promulgó una Recomendación del Comité de Ministros sobre la utilización del análisis de ADN dentro de la Administración Penal Europea. El fin era promover el desarrollo de legislaciones nacionales de los estados miembros en relación con la toma de muestras de ADN con fines de investigación criminal. Asimismo se requería que las técnicas que se tuviesen que aplicar fuesen fiables y respetuosas con los derechos fundamentales. A ello había que sumar la creación de laboratorios dotados con instalaciones y experiencia contrastada, la creación de bases de datos para almacenar los resultados obtenidos y finalmente promover y facilitar el intercambio de información entre estados.

Por su parte la Resolución del Consejo de Europa relativa al intercambio de análisis de ADN, del año 1997, perfecciona esta red legal intentando dotar a los estados de espacios normativos en los que respaldarse. Esta resolución insta a la creación de bases de datos nacionales sobre ADN que se limitarían al *“intercambio de datos de la parte no portadora de códigos de molécula de ADN”*. Lo que quiere decir es que faculta a cada país para que, la parte del ADN no codificante, decida sobre sus condiciones de almacenamiento, así como de los delitos que precisan muestra, poniendo como único límite la integridad física de la persona en la toma y la protección de los datos de carácter personal cuando se preceda a su almacenamiento. Todo ello conduce a una última pretensión, siendo esta el intercambio de información entre países miembros y la futura creación de una base de datos de ADN a nivel europeo.

El 27 de mayo de 2005, España en unión de otros países europeos necesitados de colaboración firma el Tratado de Prüm²⁸. Fruto de este acuerdo de cooperación se fija el compromiso, por parte de algunos estados miembros, de profundizar en la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal. Para ello: *“las partes contratantes se comprometen a crear y mantener ficheros y análisis de ADN para los fines de persecución de delitos”*. Siendo necesario por tanto el intercambio de perfiles genéticos y facilitar el acceso recíproco a las base de datos mutuas para casos muy concretos.

Cierra este epígrafe las posteriores Resoluciones del Consejo de Europa en los años 2001 y 2009, las cuales exhortan el uso de unos marcadores concretos por parte de los estados firmantes, lo que facilitaría el intercambio de información entre ellos.

²⁸ Lo firmaron siete Estados miembros (Bélgica, Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria) y entró en vigor en Austria y España el 1 de noviembre de 2006 y en Alemania el 23 de noviembre de 2006. Otros ocho Estados miembros (Bulgaria, Grecia, Italia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Finlandia y Suecia) han declarado oficialmente su intención de adherirse al mismo.

6. Tratamiento jurídico de las muestras dubitadas

Establece la sentencia 179/2006, de 14 de febrero, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, lo siguiente: *“En nuestro panorama legislativo actual quedan bien diferenciadas la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN del cuerpo del sospechoso, de aquéllas otras en la que no se precisa incidir en la esfera privada con afectación a derechos fundamentales personales”*. Está claro que el tratamiento jurídico que se le da a las muestras dubitadas²⁹ y a las indubitadas³⁰, es diferente. Consecuencia de ello es, por tanto, que las indubitadas requieren una regulación más restrictiva y exigente. Siendo así, comencemos por las primeras.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene como punto de partida dos referencias clave cuando se aborda la recogida de muestras que proceden de la escena del hecho y que, tras su estudio posterior, permitirán la identificación del presunto autor. El primer hito sería el artículo 282, el cual establece cuáles son las funciones de la Policía Judicial, esto es: *“(…) recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial”*. El otro hito vendría dado por la redacción del artículo 326.1: *“Cuando el delito que se persiga haya dejado vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Juez Instructor o el que haga sus veces ordenará que se recojan y conserven para el juicio oral si fuere posible, procediendo al efecto a la inspección ocular y a la descripción de todo aquello que pueda tener relación con la existencia del hecho”*. Y este mismo artículo 326, en su apartado 3º (introducido por la reforma de la LO 15/2003), añade: *“Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez Instructor adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículos 282”*.

De acuerdo con lo dicho, es indiscutible que la habilitación legal para la recogida de efectos de la escena del crimen, existe. Ahora bien, hay que hacer una interpretación para concretar si la Policía Judicial lo puede hacer por propia iniciativa en todos los casos o simplemente –como dice el tenor del artículo 282 de la L.E.Cr- cuando existan razones de urgencia, en las situaciones *“de cuya desaparición hubiere peligro”*. En la misma línea argumental llega la redacción del artículo 326 de la L.E.Cr, cuando dice que el Juez de Instrucción será el que *“adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense...”*, abonando una vez más la teoría de que la Policía actuará en ausencia del Juez sólo cuando –inferimos- haya un peligro de desaparición de los vestigios.

A pesar de lo dicho, el paso del tiempo y la jurisprudencia han avalado la actuación de la policía sin necesidad de la autorización del Juez; eso sí, su intervención directa requiere de unas mayores garantías de autenticidad, las cuales, de no ser cumplidas, *“podría llegar a la descalificación toda de la pericia si la cadena de custodia no ofrece ninguna garantía”*. Así de clara era la STS 179/2006, de 14 de febrero; aunque también añade varias referencias legitimando tanto la actuación del Juez como la de la policía, cuando dice: *“(…) después de la reforma de*

²⁹ Muestras dubitadas: son las muestras que desconocemos a quién pertenecen o sobre las que queremos obtener información. En el caso de un delito sería por ejemplo el semen hallado en la vagina de una víctima de agresión sexual, pero en el caso de una identificación cadavérica sería una muestra tomada del propio cadáver. *“La Policía Científica” un siglo de ciencia al servicio de la justicia. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Colección Estudios de Seguridad. 2012. Pág. 91.*

³⁰ Muestras indubitadas: son las muestras sobre las que no hay duda de su procedencia, es decir, están perfectamente identificadas antes de realizar el análisis. Por ejemplo, muestras de frotis bucal tomadas a un sospechoso o víctima conocida en el caso de un delito, o muestras de familiares conocidos en el caso de una identificación cadavérica. *“La Policía Científica” un siglo de ciencia al servicio de la justicia. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Colección Estudios de Seguridad. 2012. Pág. 91.*

2003, y como criterio asumible antes y después de la misma, se puede concluir que la intervención del Juez, salvo en supuestos de afectación de los derechos fundamentales, no debe impedir la posibilidad de actuación de la policía, en el ámbito de la investigación y averiguación de los delitos en los que posee espacios de actuación autónoma”. Y amplía el espectro de garantías cuando añade que la intervención del Juez es “un mecanismo para dotar del mayor grado de garantía posible a la diligencia que atribuye el control de la misma a la autoridad judicial en los casos usuales y al sólo objeto de <garantizar la autenticidad> de la recogida de la muestra y posterior análisis”, pero sin impedir la labor policial “en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos”.

También podemos incluir en esta misma línea de argumentación la STS 1190/2009, de 3 de diciembre, la cual, reiterando varias sentencias previas del Alto Tribunal, a saber (1337/2005, 1281/2006..., entre otras) viene a decir que: “ (...) la Policía Judicial tiene por imperativo constitucional, artículo 126, la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente, es decir, le corresponde la práctica de los actos de investigación pertinentes para el descubrimiento del hecho y de su autoría, y para la efectividad de este cometido está facultada para la recogida de efectos, instrumentos o pruebas que acrediten su perpetración como expresamente se recoge en el artículo 282 de la LECr..., poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial”. Y por si esto fuese poco aún podemos añadir, por ejemplo, lo que dice el artículo 11.1.g) de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el cual atribuye a la Policía la capacidad de recoger las muestras en el lugar de los hechos por propia iniciativa, configurando estos actos como de investigación pertinentes para acreditar la existencia de un hecho punible y su autoría.

Por otro lado, cómo vamos a obviar el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de fecha 31 de enero de 2006, que establece de manera categórica que: “La Policía Judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”. Evidentemente esta afirmación tiene sentido para los restos dubitados, pero también tuvo su razón de ser en los modos de obtención de la muestra indubitada en cuestiones de terrorismo cuando aún no se había aprobado la LO 10/2007.

A tenor de lo expuesto habría que preguntarse por qué la ley distingue entre la actuación del Juez de Instrucción y la de la Policía Judicial, cualificando la del primero a pesar de que la Policía tiene una preparación técnica y unos conocimientos mayores cuando lleva a cabo la Inspección Ocular Técnico Policial. En nuestra opinión esta diferencia viene dada precisamente por la valoración que se hace, durante el juicio oral, de esas muestras que se han obtenido durante el momento de la inspección; de tal manera que la policía actuando de propia iniciativa no deja de tener el valor de acto de investigación y la del juez o la policía actuando a prevención –al dictado de las órdenes del juez-, puede constituirse en un acto de prueba preconstituida³¹.

³¹ “La prueba preconstituida es una prueba documental sobre hechos irrepetibles imposible de trasladar, por medios de prueba ordinaria, al juicio oral. Ésta debe ser practicada por el juez instructor, al que pertenece originariamente la competencia. Sin embargo, la policía, ya sea la ordinaria o la judicial, y el Ministerio Fiscal pueden, como personal colaborador del juez de instrucción, de manera preventiva y acreditando siempre razones de urgencia, efectuarla. La prueba preconstituida puede sistematizarse del siguiente modo: a) Prueba preconstituida de las diligencias policiales de prevención: — los métodos alcoholimétricos — grabaciones de videovigilancia — análisis sobre estupefacientes — las inspecciones corporales b) Prueba preconstituida de la policía judicial con control judicial: — circulación y entrega vigilada de drogas — escuchas telefónicas — intervenciones de los datos electrónicos de tráfico — gestión de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN c) Prueba preconstituida del juez de instrucción: — la recogida y conservación del cuerpo del delito — el reconocimiento judicial — las inspecciones e intervenciones corporales — la entrada y registro — la intervención de las comunicaciones”.

Cuando en epígrafes anteriores abordábamos la cuestión de la “cadena de custodia”, hablábamos de que los vestigios que sean recogidos durante la Inspección Ocular Técnico Policial, deben estar perfectamente referenciados y documentados. Luego serán tratados en el laboratorio y si el resultado es el pretendido, dará lugar al correspondiente informe pericial con sus conclusiones. El paso siguiente será hacerlo llegar al Juez para que sea éste el que durante la vista oral y sujeto a los principios de oralidad, publicidad y contradicción, según dice el artículo 741 de la LECr: “(...) *apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, lo manifestado por los procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley*”. Queda claro por tanto que la recogida de vestigios que pretenden ser aportados como prueba al momento de la vista oral, precisan de este tratamiento y esta trazabilidad para que así contribuyan a la resolución del caso. De tal manera que el trabajo de recogida de muestras, llevado a cabo por la Policía, no se le niega cuando lo hace de propia iniciativa y, paralelamente a sus protocolos de actuación se garantice, también, que la muestra pueda por sí misma o junto a otras, ayudar a esclarecer el hecho que se investiga. Estamos hablando precisamente de que los actos de la Policía tienen claramente el carácter de prueba preconstituida y anticipada cuando actúan por estrictas razones de urgencia o de necesidad. Pero recordemos, “*no en vano la Policía Judicial actúa en tales diligencias a prevención de la Autoridad Judicial*”, pero también cuando su actuación sirve para acreditar la “*preexistencia del cuerpo del delito mediante los pertinentes actos de constancia que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa*”. (Véase la sistematización de la prueba preconstituida de Vicente Gimeno Sendra en la nota 31).

A modo de resumen cerramos este epígrafe con lo que apunta la clarificadora STS 685/2010, en la que dice: “*En suma, el descubrimiento y recogida de objetos para su ulterior examen en busca de huellas, perfiles genéticos, restos de sangre u otras actuaciones de similar naturaleza, son tareas que exigen una especialización técnica de la que gozan los funcionarios de la Policía Científica a los que compete la realización de tales investigaciones, sin perjuicio de que las conclusiones de las mismas habrán de acceder al Juzgador y al Tribunal sentenciador para que, sometidas a contradicción puedan alcanzar el valor de pruebas*”.

7. Tratamiento jurídico de las muestras indubitadas

Por una razón u otra hemos venido repitiendo a lo largo de este trabajo cuál es la legislación vigente al respecto de la toma de muestras, siendo por tanto los artículos 326, 363 y 778.3º (procedimiento abreviado) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y en todos ellos queda de manifiesto que la toma de vestigios en la instrucción penal por el juez o en quien éste delegue (policía judicial o médico forense), no hace referencia a la asistencia letrada.

Por otro lado se regula también esta materia en la Disposición Adicional tercera³² de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

Tendríamos que citar también el Real Decreto 1977/2008, de 28 de noviembre, por el que se regula la composición y funciones de la Comisión Nacional para el uso forense del ADN. Las funciones de esta Comisión vienen descritas en el artículo 3, entre ellas: *“la elaboración y aprobación de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, incluida la determinación de los marcadores homogéneos sobre los que los laboratorios acreditados han de realizar los análisis”*. Pues bien, en fecha 29 de noviembre de 2011, dicha Comisión Nacional aprobó por unanimidad un formulario de toma de muestras a detenidos e imputados en el que se recoge la necesaria asistencia letrada.

Pero para seguir un orden lógico, iniciamos en este punto un enfoque a base de hipótesis³³ que nos parece sumamente interesante de cómo se puede abordar la licitud probatoria en los casos en los que hay que obtener de los detenidos, imputados o sospechosos el indicio biológico que ha de contener presumiblemente ADN indubitado.

La primera hipótesis que plantea De Hoyos Sancho es aquélla en la que el perfil del ADN del presunto autor de los hechos ya conste registrado en una base de datos policial. *“En este caso, encontrada y recogida la muestra dubitada y guardando debidamente la cadena de custodia, se procederá a su análisis y comparación con la información que obra en las bases de datos policiales, españolas o extranjeras en la medida en que los Convenios y normativa vigente lo permitan –Convenio de Priim / Decisión Priim, destacadamente-. Si se produce la <coincidencia de perfiles>, tendremos acceso a los datos personales del <titular> de esos restos orgánicos; no será preciso pues en estos casos tomar muestras indubitadas del presunto autor de los hechos delictivos que se investigan”*.

La segunda hipótesis que plantea la citada autora, dice: *“parte del hecho de que el perfil de ADN encontrado entre los restos orgánicos vinculados con el delito que se investiga, y distinto del de la propia víctima, no aparezca registrado en ninguna base de datos policial accesible, en cuyo caso se deberá obtener la muestra celular indubitadamente perteneciente al sujeto sospechoso o imputado en la causa abierta con el fin de compararla con aquélla que sigue siendo dubitada –de titularidad desconocida-, o bien simplemente para cumplir con el mandato del art. 3.3ª de la LO 10/2007, que obliga a tomar y archivar*

³² Para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del artículo 3, 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.

³³ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 36, Enero-Junio de 2012; pp. 147 y ss.

muestras dubitadas de todo posible autor de un <delito grave>”. Ante esta segunda hipótesis se plantean tres posibilidades a considerar.

La primera. *“El sospechoso, detenido o no, es requerido por la Policía para que preste una muestra orgánica –saliva impregnada en un hisopo, por duplicado-, a lo que éste consiente ofreciendo dicha muestra indubitada, previa información de sus derechos y finalidades que se persiguen con la actuación”.* Como bien dice, esta diligencia era de puro trámite: el consentimiento informado, ya firmado por el sospechoso, era seguido de un frotis bucal que se realizaba al tiempo de la reseña dactilar y fotográfica. Insistimos que esta práctica era lo habitual antes de que apareciese -aparte de la STS 634/2010, de 28 de junio, que ya hacía una mención a una “irregularidad innecesaria”-, la STS 685/2010, de 7 de julio; la cual, en su fundamento de derecho número dos venía a decir lo siguiente respecto del régimen jurídico de la toma de muestras para la obtención del ADN:

- a) *“En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.*
- b) *Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.*
- c) *En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita –hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”.*

La segunda. *“El sospechoso no accede al requerimiento policial de entrega de muestras –no consiente que se le practique el frotis bucal-. Por lo que la Policía solicitará al Juez competente, en su caso al que está de guardia, la correspondiente resolución judicial ordenando la toma de la muestra”.* Efectivamente, notificado el auto del Juez, el sospechoso podrá someterse al frotis bucal y una vez más, cómo no, asistido por el letrado.

La tercera. *“Que el sospechoso se niegue absolutamente a prestar de forma voluntaria una muestra orgánica dubitada, incluso a la vista de la resolución judicial dictada ordenando tal actuación”.* No podemos estar más de acuerdo, la asistencia letrada al sospechoso durante la práctica del frotis puede generar más o menos controversia, dependiendo del sector crítico al que nos acerquemos pero, efectivamente, quizá lo más deficientemente resuelto sea esta última posibilidad. Y buscar respuesta en los artículos 326 in fine, 363 y 778.3 de la L.E.Cr, pero también en la Disposición Adicional 3ª de la LO 10/2007, pensando que éstos constituyen base normativa suficiente para emplear ese resquicio de fuerza coactiva estrictamente imprescindible para tal fin, tampoco resuelve gran cosa porque entendemos no existe mención en tales artículos que ampare dicha acción con garantías para el proceso. Por el contrario, el día a día de la actividad policial viene a demostrar que la negativa del

sospechoso no tiene porque frustrar la esperanza de poder conseguir una muestra de material genético. Más bien al contrario, y sin necesidad de vulnerar sus derechos empleando la fuerza coactiva, se puede conseguir un resultado exitoso si sabe esperar a ese momento en que el sospechoso “abandona” una muestra o fluido durante el tiempo que dura la detención; dígase en forma de un esputo, una colilla de un cigarro o un vaso de plástico del que ha bebido agua. Nos parece interesante traer a este punto una práctica que no siendo usual sí es posible legalmente. “(...) sería posible acceder a los datos y muestras corporales del sospechoso, detenido o imputado que se pudieran necesitar en el proceso penal a los fines identificativos a que nos venimos refiriendo, siempre y cuando hubiera una resolución judicial motivada solicitando tal información al responsable de los ficheros de datos clínicos, en el cual el Juez competente se limitaría a requerir los perfiles identificativos del ADN del sospechoso, y no otros datos de tipo sanitario, genético, familiar, etc. (...)”³⁴. Y para corroborar el no empleo de fuerza coactiva cabe recordar el pronunciamiento claro que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia 685/2010, de 7 de julio, en su fundamento jurídico 2.1.³⁵

7.1 Asistencia letrada al detenido

Quizá, dentro de la toma de muestras indubitadas, la mayor controversia ha venido dada por las sentencias que de un tiempo a esta parte ha emitido el Tribunal Supremo al respecto de la asistencia letrada al detenido en el mismo momento en que se va a proceder a la toma de muestras celulares. Analicemos, pues, los antecedentes legislativos a este respecto. Dice el artículo 17.3 de nuestra Constitución Española: “Se garantizará la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.”

Por otro lado, el artículo 520.2, apartado c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal delimita el contenido legal de la asistencia letrada al detenido: “a designar abogado y solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto”.

Asimismo, los artículos 118 y 767 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establecen un derecho de defensa y de asistencia letrada, respectivamente, desde la detención, los cuales deben interpretarse en relación con el artículo 520 y en los mismos términos ya expresados.

Otro antecedente claro es la jurisprudencia de finales de los noventa del siglo pasado en la que la Sala 2ª amplió la asistencia letrada al detenido cuando al mismo se le solicita el consentimiento para la entrada y registro en su domicilio; entendiéndose, pues, que se podría atender contra un derecho fundamental como es el de la inviolabilidad del domicilio.

Pero abundemos un poco más en la Jurisprudencia de la Sala Segunda, en concreto tres Acuerdos plenarios. El primero el del 3 de octubre de 2005. La cuestión planteada

³⁴ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH <S. y Marper contra el Reino Unido>, de 04-12-2008 y la regulación española sobre obtención y registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado”. *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas Penales Europeos*. Pp. 215 y ss.

³⁵ *En aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita –hoy por hoy, inexistente– que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectado”.*

entonces era la siguiente: “¿Es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada? El contenido del Acuerdo decía: “El artículo 778.3³⁶ de la L.E.Cr constituye habilitación legal suficiente para la práctica de la diligencia”. Tras el análisis de este primer Acuerdo, la conclusión es clara: no es necesaria ni la información de derechos ni la asistencia letrada al detenido para la extracción de la muestra de ADN acordada por la Autoridad Judicial. Un segundo es el de 03 de enero de 2006. La cuestión que se planteaba entonces era la toma de muestras a sospechosos; acordando: “La Policía Judicial puede recoger restos orgánicos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”. El tercer acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha 24 de septiembre de 2014, llevaba en el único punto del día. “PRIMERO: Si la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia del letrado cuando el imputado se encuentre detenido. SEGUNDO: Si es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, cuando el acusado no ha cuestionado la ilicitud y validez de esos datos hasta el momento del juicio oral. Acuerdo: La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial. Sin embargo es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción”.

El calado y trascendencia que puede tener este tercer Acuerdo, merece un análisis sosegado. Comencemos pues por mostrar –al menos en lo genérico- nuestro acuerdo con la mención que hace RICHARD GONZÁLEZ, M., en su trabajo “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN, según Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”³⁷, al decir: “(...) las soluciones contenidas en el Acuerdo carecen de la debida claridad y precisión para servir, precisamente, de resolución de los problemas planteadas mediante la unificación de criterios . En el supuesto concreto del Acuerdo analizado de septiembre de 2014 las dos conclusiones obtenidas son claramente confusas y no proporcionan un criterio unificado, y mucho menos claro(...)”; y añade: “(...) el deficiente resultado está directamente relacionado con el defectuoso sistema de adopción de Acuerdos de Sala, que se dictan atendiendo a unas cuestiones que creo que poco nuevo aporta el Acuerdo de 24 de septiembre de 2014 que se refiere a dos cuestiones que se resuelven mal redactadas y con una deficiente utilización de los conceptos técnicos procesales, lo cual produce más un efecto de confusión que de aclaración. Valga señalar que la emisión del acuerdo analizado viene dada por lo dispuesto por la STC 135/2014 de 8 de septiembre, que, como se expone más adelante declara válido el consentimiento del detenido para donar ADN aunque no estuviere asistido por abogado”.

Para ver cuáles son las aportaciones y valoración que hace RICHARD GONZÁLEZ, M., recordemos qué es lo que acuerda el Tribunal Supremo sobre la primera cuestión (“La toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado,

³⁶ 3. El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale.

³⁷ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en la base de datos policial de ADN según Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”. *Diario la Ley*, N° 8445, Sección Tribuna, 19 de diciembre de 2014; año XXXV, Ref. D-427, Editorial La Ley.

necesita la asistencia de letrado, cuando el imputado se encuentre detenido y en su defecto autorización judicial”). Richard es claro y muestra su acuerdo con lo expresado cuando dice: “(...) la intervención del abogado durante la detención policial no pueden mantenerse en los términos actuales, sino que resulta necesario que pueda extenderse a lo que es propio en la función del abogado. Esto es, asesorar y aconsejar a su cliente sobre si debe responder o no a una pregunta y, en general, se debe someterse o no a una diligencia concreta. Por ejemplo, donar una muestra de ADN. En ese caso, entiendo que el abogado debe poder conversar con su cliente y asesorarle sobre la ventaja o conveniencia de someterse voluntariamente a esa clase de prueba”. Y más adelante añade: “(...) Sin embargo, no está previsto, ni se realiza en la práctica, la posibilidad que el abogado se entreviste con su cliente detenido desde el primer momento de la detención, al menos en cuanto hace al asesoramiento sobre las diligencias que se vayan a realizar, entre las que se pueden incluir la toma de muestras de ADN. Resulta por tanto exigible que el abogado pueda asistir, en el sentido amplio de la expresión, a su defendido al efecto de que pueda tomar una decisión, en este caso el consentimiento para la toma de muestra biológica, consciente de las implicaciones que pudiera acarrearle. Cuestión distinta será qué sucede en el caso de negativa a ofrecer la muestra”.

En el apartado de Sentencias son varias las consideraciones que podemos hacer en relación con este asunto. Comencemos, pues, por la Sentencia nº 803/2003, de 4 de Junio. La cuestión planteada es la toma de muestras de ADN mediante obtención de saliva y comparación con restos hallados en el lugar. Y señala la sentencia que *“si se ciñe a la mera identificación no afecta a ningún derecho fundamental ni a la integridad física ni a la intimidad”*. Pensemos que en esta fecha aún no existía la LO 10/2007, pero, aún así, no plantea duda alguna porque no se vulneraría derecho fundamental alguno al referirse a un *“uso meramente identificativo de la muestra”*; aspecto que a día de hoy está perfectamente tasado en la exposición de motivos y en el artículo 4 de la mentada Ley.

La siguiente Sentencia que podemos traer es la 940/2007, de 7 de noviembre. En ella se desestima el recurso pero como *obiter dicta*, afirma: *“En principio, ha de reconocerse la razón que asiste a la parte recurrente en cuanto se refiere a la posibilidad de asesoramiento de letrado –dada su condición de detenido- para prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas (v. art. 520. por todas, STC de 3 de abril de 2001 y STS de 16 de mayo de 2000, relativa al consentimiento de la práctica de la diligencia de entrada y registro en el domicilio, que sientan una doctrina práctica aplicable lógicamente al consentimiento para la obtención de dichas muestras), y, en buena medida, la relativa a la asistencia de intérprete (v.art. 520.e) de la LECr)”. Véase que el obiter dicta de esta sentencia habla de la “posibilidad de asesoramiento letrado” pero no establece preceptividad alguna.*

La Sentencia nº 863/2008, de 3 de diciembre, afirma la licitud de una toma de muestras de ADN realizada en la celda de un preso con autorización judicial mediante registro sin intervención del letrado.

La Sentencia nº 151/2010, de 22 de febrero, reitera que la prueba de ADN no vulnera el derecho a la integridad física ni es autoincriminatoria.³⁸ La propia sentencia también hace

38

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5072554&links=&optimize=20100318&publicinterface=true> [Consulta: 18 de mayo de 2015].

La prueba de ADN, incluso con anterioridad a la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, que acabó con la previgente situación de anomia legislativa, no implica, desde luego, una exigencia de autoincriminación. En palabras del TC, “... las pruebas de detección discutidas - se está refiriendo a las pruebas de precisión alcoholométrica -, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera solo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como

mención a que, ante la negativa a una toma de muestra de un investigado por consejo de su abogado, se recuerda la jurisprudencia de la Sala 2ª, en orden a su posible valoración probatoria, no en concepto de indicio pero sí para confirmar otros indicios, que permiten enervar la presunción de inocencia. Así dice: *“En el ámbito penal, la STS 1697/1994, 4 de octubre, valoró la negativa a someterse a la prueba de ADN, en unión de otros elementos indiciarios, como una actividad probatoria “... apta para enervar la verdad interina de inculpabilidad en que la presunción «iuris tantum» de inocencia consiste”. En línea similar, la STS 107/2003, 4 de febrero, recordó que “... cuando la negativa a someterse a la prueba del ADN, carece de justificación o explicación suficiente, teniendo en cuenta que se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatario o totalmente exculpatario, nada impide valorar racional y lógicamente esta actitud procesal como un elemento que, por sí sólo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador”.*

Sentencia nº 685/2010, de siete de julio, desestima el recurso pero como *obiter dicta* enumera una serie de requisitos legales para la toma de muestras de ADN, afirmando que en caso de detenidos es necesario que estos cuenten con asistencia letrada para prestar su consentimiento.³⁹ Y ya que con anterioridad hemos analizado el Acuerdo Plenario de 03 de octubre de 2005, cuando indica que en estos casos el Juez puede ordenar la toma de muestras en base a lo que establece el artículo 778.3º de la L.E.Cr, sin asistencia letrado; dejando claro que la policía judicial está habilitada por la disposición adicional 3ª de la LO 10/2007, ya que actúan en comisión de jueces y fiscales.

Sentencia nº 353/2011, de 9 de mayo. Desestima el recurso que se le plantea pero dice que no consta que la muestra se tomara sin la información de derechos y asistencia letrada

obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente” (STC 161/1997, 2 de octubre).

Tampoco conllevan una vulneración del derecho a la integridad física que no esté constitucionalmente legitimada. Es cierto que, en algunas ocasiones, la obtención de muestras corporales puede implicar una afectación, siquiera leve, de ese derecho a la incolumidad. Sin embargo, como ha precisado la jurisprudencia constitucional, ese derecho no puede considerarse, en modo alguno, absoluto. Como apunta la STC 207/1996, 16 de diciembre, “... la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (-art. 18.2 y 3 CE -), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º). [...] Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas”. La simple lectura de los arts. 363 párrafo 2º y 326 párrafo 3º de la LECrim, ponen de manifiesto la suficiente cobertura legislativa y, por tanto, el cumplimiento de las exigencias inherentes al principio de legalidad para la limitación de derechos fundamentales

³⁹ http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/07/29/sentencia_quema_cajeros.pdf [Consulta: 19 de mayo de 2015].

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

“exigibles”. Si bien es cierto que tampoco explica por qué es exigible la asistencia letrada ni hace un estudio de la normativa aplicable.

Sentencia nº 827/2011, de 25 de octubre, en la que se reitera el *obiter dicta* de la ya citada sentencia 685//2010, de siete de julio, indicando que se insiste en esa opción, citando por ello los artículos 17.3 y 24.2 de la CE, así como el 767 de la L.E.Cr.

A todas estas sentencias siguen otras que reiteran sistemáticamente los *obiter dicta*, de forma acrítica, como así reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, 109/2012, de fecha 14 de febrero, ya que se limitan a reproducir lo ya dicho desde la STS, Sala 2ª, 685/2010, de siete de julio. Esta especie de rutina se frena con la llegada de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, nº 709/2013, de 10 de octubre, la cual refleja que los pronunciamientos anteriores sobre la cuestión son meros *obiter dicta* y que hay opiniones doctrinales contrarias a los mismos suficientemente motivadas, que parece compartir, las cuales reproduce.⁴⁰

⁴⁰ <http://supremo.vlex.es/vid/-474524814> [Consulta: 20 de mayo de 2015]

Por ello, parte de la doctrina, recordando que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva "en aquellos casos en que la Ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente" (SSTC 32/2003, 475/2004, 314/2012, 697/2003, 429/2004, 922/2005 Y 863/2008). Y efectúa las siguientes observaciones:

1) La toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos (SSTS 803/2003, 949/2006 Y 1311/2005), salvo levemente al derecho a la intimidad el cual puede verse limitado en aras a la investigación penal, incluso sin autorización judicial (registros o cacheos corporales policiales).

Por tanto, no resulta aplicable la jurisprudencia que extendió la asistencia letrada a la prestación del consentimiento del detenido para la entrada y registro porque aquella contemplaba la inferencia clara de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE).

La LO. 10/2007, tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, 1, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la incorporación en la base de datos de ADN, no codificante a los solos efectos identificativos (art. 4), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan relevarse otros datos genéticos (enfermedades, antecedentes familiares, etc.).

2) La asistencia letrada al detenido se limita legalmente a los interrogatorios y reconocimientos de identidad, entendiéndose estos últimos como reconocimientos en rueda y no como las identificaciones policiales derivadas por ejemplo de la huella dactilar. Extender esta asistencia letrada a la reseña dactilar o fotográfica sería tan improcedente como a la reseña genética.

La toma de muestras de ADN no es un interrogatorio ni reconocimiento de identidad (por analogía, ver jurisprudencia del TC. Sobre pruebas de alcoholemia desde S. 4.10.85).

La toma de muestras de ADN solo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial.

Para ir concluyendo este apartado, citaremos la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2013, sobre derecho a la asistencia para la obtención de muestras biológicas a los detenidos con objeto de determinar su perfil genético de ADN y posterior inscripción en la Base de Datos de ADN. Así, el artículo 3, apartado 3c) de la Directiva dice: “*Los Estados miembros velarán por que el sospechoso o acusado tenga derecho al menos a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: i) ruedas de reconocimiento, ii) careos, iii) reconstrucciones de los hechos*”.⁴¹

Hay una mención importante en esta Directiva que adelanta otra cuestión práctica que se da en algunos casos cuando, fruto de esa asistencia letrada al detenido, en el momento de dar su consentimiento para la toma de muestras, además, es el propio letrado el que le “asesora” en un sentido o en otro. Pues bien, como se ha dicho, el artículo 3, apartado 3c) de la directiva tasa con meridiana claridad en qué casos debe ser asistido el detenido. Respecto a este extremo no hay duda. Lo que sí hace la misma directiva en su artículo 3, apartado 2, es decir en qué momentos (siempre previos) de esos casos a los que alude el apartado 3c) del mismo artículo, mantendrá el detenido una entrevista previa con el letrado.⁴² En definitiva vemos que la Directiva Comunitaria delimita la asistencia letrada a la entrevista previa al interrogatorio, a los reconocimientos en rueda, a los careos y a la reconstrucción de los hechos, descartando otras diligencias de obtención de pruebas como las biológicas. Vemos por tanto que, respecto de nuestro derecho interno, no se innova nada, pero sí la asistencia letrada a la entrevista previa, pues es lo único que no tenemos previsto.

Una manera de clarificar y actualizar el asunto sobre la exigencia de asistencia letrada al detenido para la prestación de consentimiento para obtener muestras de ADN, es analizar la STS, sala segunda de lo penal, 734/2014, de 11 de noviembre de 2014. En ella el alto tribunal se pronuncia por primera vez respecto del Acuerdo de la Sala Segunda de fecha 24

3) El resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido (indubitado) con el dubitado (SSTS 789/97, 792/2009, y 158/2010) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos (expresado desde la primera sentencia de la Sala Segunda Tribunal Supremo sobre el ADN, 1701/92 de 13.7).

En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial (STS 151/2010 de 22.12). De ahí que si es ambivalente y puede también favorecer al detenido no debería extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal.

⁴¹ <https://www.boe.es/doue/2013/294/L00001-00012.pdf> [Consulta: 21 mayo de 2014]

⁴² El sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada. En cualquier caso, el sospechoso o acusado tendrá derecho a ser asistido por un letrado a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación: a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales; b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c).

de septiembre de 2014. Es decir, resuelve dos cuestiones: la primera, referida a exigir la asistencia letrada en la prestación del consentimiento para la toma de muestra de ADN; y la segunda: establecer un criterio temporal por el cual la impugnación de las condiciones en las que se obtuvo la muestra obrante en la base de datos de ADN, debe producirse durante la fase de instrucción. Pero considera RICHARD GONZÁLEZ que aún queda pendiente de emisión una jurisprudencia clara y contundente *“sobre la obligatoriedad del cumplimiento de las órdenes judiciales de obtención de muestras de ADN, mediante la utilización, si es el caso, de la fuerza física que fuere necesario para ello”*⁴³. Y veamos algunos de los argumentos que utiliza el TS para hacer valer su decisión: *“a pesar de la sencillez y la relativa inocuidad del modo de acceso a la materia prima idónea para la determinación del ADN, lo cierto es que éste, como recinto, encierra una información genética de extraordinaria amplitud y riqueza de datos personalísimos, que es lo que lo convierte en un ámbito digno del máximo de protección. Al igual que, por ejemplo, el domicilio (...)”*. Y abunda aún más: *“(...) pues se trata de una garantía potencial del derecho de defensa en y frente al posible resultado de una diligencia de investigación, que, de ser incriminatorio, difícilmente podría discutirse luego de forma contradictoria en el juicio”*.

Comenta RICHARD GONZÁLEZ que *“la asistencia de abogado no viene exigida por la naturaleza o clase de diligencia de obtención de muestras de ADN, si no por la exigencia genérica del derecho de defensa”*. Y añade a este respecto que la redacción del artículo 520 de la L.E.Cr *“establece restricciones del derecho de defensa incompatibles con el estado actual de la ley y la jurisprudencia en materia de derecho de defensa”*. Es oportuno, por tanto, mencionar en este punto la Ley Orgánica 5/2015 de 27 de abril.⁴⁴ La misma, dice en su preámbulo: *“conlleva un importante refuerzo de las garantías del proceso penal, mediante una regulación detallada del derecho a la traducción e interpretación en este proceso y del derecho del imputado a ser informado sobre el objeto del proceso penal de modo que permita un eficaz ejercicio del derecho a la defensa”*. Y en concreto, el recientemente modificado artículo 118 de la L.E.Cr, dice que en él se regula el derecho de defensa, señalándose de forma clara y precisa que *“toda persona a la que se impute un acto punible tendrá derecho a ser informada de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados; del derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa; del derecho a designar libremente abogado; del derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerla y condiciones para obtenerla; del derecho a la traducción e interpretación gratuitas; del derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”*.

Y por el interés que suscita el mentado artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su reforma, recoge la mayor parte de los derechos a los que hace referencia la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, todos ellos relativos a la información en los procesos penales, si bien, dice el punto IV del Preámbulo: *“resultaba necesario completar el catálogo de derechos para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa,*

⁴³ RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. “La exigencia de asistencia letrada al detenido para la prestación de consentimiento para obtener muestras de ADN (Acuerdo TS de 24 de septiembre de 2014). Comentario a la STS, sala segunda de lo penal, 734/2014 de 11 de noviembre de 2014, primera dictada por el Tribunal Supremo sobre la materia”. *Diario La Ley*. N° 8535, sección dossier, 8 de mayo de 2015. Editorial La Ley.

⁴⁴ Ley Orgánica por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención”.

Veamos por fin que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵ no se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. Aunque conviene recalcar también en este punto que “*en el derecho comparado, sólo Italia (art. 224 bis CPP) y Colombia (artículo 247 a 249 CPP) contemplan la asistencia letrada en la toma de muestras de ADN a detenidos; mientras que el resto de los países de nuestro entorno, dígase Francia, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Suiza, etc., esta cuestión la dejan en manos de los expertos de la Policía Científica, incluso en contra de la voluntad del afectado”.*

⁴⁵ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. “El valor jurídico del ADN y su eficacia probatoria”. *El ADN en la investigación policial. Jurisprudencia del TEDH (Ponencia)*. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander. 25 a 27 de junio de 2014.

8. Conclusiones finales

- El alcance técnico del ADN es indiscutible y su validez identificativa individual a partir de su zona no codificante, está reconocida jurídicamente.
- La fiabilidad y utilidad del perfil genético en la resolución de casos criminales, no le dota de una inmunidad absoluta; de tal forma que su aplicación está sujeta a ciertos límites dentro del proceso penal.
- Si queremos saber qué es lo que se entiende por “cadena de custodia”, no podemos acudir, en el momento actual en España, a ninguna norma que así lo disponga, pues es una práctica forense que no cuenta con regulación expresa.
- Ante esta falta de regularización específica lo que sí han hecho las policías es elaborar unos protocolos internos que responden al objetivo último de fortalecer la defensa del perito ante el tribunal; de tal modo que el haber documentado todas las fases que recorre el elemento probatorio, responderá a esta necesidad de protección y asepsia al que comúnmente llamamos “cadena de custodia”.
- Ello ha venido a reforzar la confianza de los juzgadores en la actuación policial, tanto en la fase inicial del proceso como en los análisis técnicos que realizan en sus laboratorios. Es aval de este trabajo las sentencias que establecen: *“las cautelas protocolariamente establecidas por la policía”,* señalan que la *“prueba pericial practicada adquiere así una relevante significación”,* declarándola plenamente válida y resultando de la misma *“un valor de prueba de cargo evidente y suficiente”.* Reconociendo entre otras, que *“disponemos de una policía científica cada vez más especializada y mejor preparada, con amplios conocimientos científicos”.*
- Las evidencias que aporta la policía científica al proceso penal, contribuyen de forma determinante a esclarecer los hechos y fundamentar, no sólo la condena del culpable, sino que también la que podría ser absolución del inocente.
- Muchas son las sentencias que fundamentan su condena en los informes periciales emitidos por la policía científica. Así, amparan sus fallos condenatorios en dichos informes, a los que otorgan suficiencia y validez plena; atendiendo igualmente a una perfecta adecuación de la cadena de custodia. Y es precisamente en la quiebra de la cadena de custodia en la que el Tribunal Constitucional plantea la posibilidad de que se construya la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías que están recogidas en el artículo 24.2 de la Constitución Española.
- La validez jurídica de la que hemos hablado cuando dimos las primeras pinceladas sobre ADN, no resuelve otros aspectos como podrían ser si la toma de la muestra indubitada del detenido, tal como establece la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores a partir de ADN, respeta los derechos fundamentales de aquél, y más concretamente aquéllos que están referidos a la intimidad y privacidad de los datos personales por un lado, y la esfera de la integridad corporal por el otro.

- Aunque hay sectores doctrinales enfrentados, hoy se tiene asumido (por distintos *obiter dictum*) que el consentimiento informado al detenido, es un consentimiento asistido. Es decir, se exige la asistencia letrada para la obtención de muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético.
- La toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace meramente a efectos identificativos, salvo levemente al derecho a la intimidad, el cual según conocida jurisprudencia puede verse limitado en aras a la investigación penal.
- Mostramos nuestro absoluto acuerdo con que: *“La asistencia letrada al detenido se limita legalmente a los interrogatorios y reconocimientos de identidad, entendiéndose estos últimos como reconocimientos en rueda y no como las identificaciones policiales derivadas, por ejemplo, de la huella dactilar. Extender esta asistencia letrada a la reseña dactilar o fotográfica es tan improcedente como la reseña genética. La toma de muestras de ADN sólo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino sólo el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial”*.⁴⁶
- Coincidimos también con la idea que defiende De Hoyos Sancho al referirse a la negativa del detenido, imputado o acusado a prestar muestras celulares para obtener el ADN no codificante, pues: *“(…) incluso con Orden Judicial, no le quedaría más remedio a la Policía que seguir esperando el <abandono> de muestras indubitadas –esputos, excrecencias, abandono de objetos personales con restos corporales...-, ya que seguimos sin disponer de la norma habilitante para la obtención coactiva de tales muestras corporales del sospechoso, actuación que como hemos expuesto conllevaría una mínima injerencia en la integridad física, por no decir inexistente”*.⁴⁷ Sirva también para apoyar más aún esta línea argumental lo dicho en STS, Sala 2ª, número 680/2010, ya citada y con carácter de *obiter dicta*; que en caso de negativa a someterse a la toma de muestra, aunque exista autorización judicial, resulta que en la práctica no puede recogerse ninguna muestra por entenderse erróneamente.
- Conocidos los datos del Ministerio del Interior, en los que refiere que la Base de Datos de ADN sirvió desde su puesta en marcha el 9 de noviembre de 2009 y hasta abril de 2011 para esclarecer 7500 delitos (entre los que se encontraban 581 violaciones, 454 homicidios y 51 actos de terrorismo), se argumenta que desde que la reseña genética se hace previo asesoramiento de letrado, las mismas han caído en un 40% en el CNP y un 70% en la Guardia Civil. Y no podemos estar más de acuerdo, la razón de este declive no puede ser otro, y es que la asistencia letrada ha incrementado las negativas sistemáticas a la toma de muestras de ADN. A este tenor dice el Fiscal del Tribunal Supremo D. Manuel-Jesús Dolz Lago que: *“Esta conclusión resulta razonable por la propia dinámica de la labor de la defensa, que se ampara lógicamente y legítimamente en la presunción de inocencia, lo que lleva a adoptar una posición pasiva contraria a la actividad probatoria, cuya carga corresponde a las acusaciones. Ante ello y dada la*

⁴⁶ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. “El Valor Jurídico del ADN y su eficacia probatoria” - “El ADN en la investigación policial”. UIMP, Santander. Ponencia de 27 de junio de 2014, 12 h.

⁴⁷ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Número 36, Enero-Junio de 2012; pp. 147 y ss.

imposibilidad de ejercer una eventual autorización judicial si también se opusiese el afectado, quedará en manos del detenido la eficacia de la investigación penal a través de la Base de Datos de ADN; lo cual es contrario a las finalidades del proceso penal en lo relativo a la protección de las víctimas y para el esclarecimiento de los hechos y persecución y castigo de los infractores penales. Así las cosas, mostramos nuestro desacuerdo (condicionado) con lo dicho a este respecto por Richard González, M.: “(...) la intervención del abogado durante la detención policial no pueden mantenerse en los términos actuales, sino que resulta necesario que pueda extenderse a lo que es propio en la función del abogado. Esto es, asesorar y aconsejar a su cliente sobre si debe responder o no a una pregunta y, en general, se debe someterse o no a una diligencia concreta. Por ejemplo, donar una muestra de ADN. En ese caso, entiendo que el abogado debe poder conversar con su cliente y asesorarle sobre la ventaja o conveniencia de someterse voluntariamente a esa clase de prueba”. Y más adelante añade: “(...) Sin embargo, no está previsto, ni se realiza en la práctica, la posibilidad que el abogado se entreviste con su cliente detenido desde el primer momento de la detención, al menos en cuanto hace al asesoramiento sobre las diligencias que se vayan a realizar, entre las que se pueden incluir la toma de muestras de ADN. Resulta por tanto exigible que el abogado pueda asistir, en el sentido amplio de la expresión, a su defendido al efecto de que pueda tomar una decisión, en este caso el consentimiento para la toma de muestra biológica, consciente de las implicaciones que pudiera acarrearle. Cuestión distinta será qué sucede en el caso de negativa a ofrecer la muestra”. Prueba más que evidente de que ese “asesoramiento integral”, tiene los efectos ya referidos respecto de la eficacia del Estado para reprimir delitos en los que la toma de ADN resulta crucial. Ahora bien, la cuestión quedaría más o menos resuelta –y es aquí donde mostramos nuestro acuerdo con Richard–, si la parte que asume el Juez respecto de la autorización judicial, perfectamente fundamentada, tiene los efectos que se espera, esto es, y así dice Richard, amparándose en el artículo 363.2 de la L.E.Cr: “debe hacerse efectiva aún contra la voluntad del imputado, utilizando para ello los medios coercitivos que sean precisos”. A pesar de mostrarse partidario de la fuerza y la vis compulsiva en la toma de muestras de ADN, no deja de reconocer lo que es la realidad actual: “No obstante, la posibilidad de emplear la fuerza mínima imprescindible para obtener la muestra biológica es un cuestión discutida y debatida tanto desde la doctrina como la jurisprudencia, aduciendo que con ello se puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, a la integridad física y a la intimidad personal y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”.

- Hay otra cuestión que no es menor cuando hablamos de ese reconocimiento bidireccional que se tiene que producir cuando nuestra base de datos tiene que interaccionar con las otras bases de datos del ámbito europeo y que por aplicación directa del Tratado de Prüm, tienen que fluir para que el espacio de justicia esté homogeneizado; eso por no hablar de otros convenios bilaterales con países extracomunitarios (v.gr. USA). Y añade Dolz Lago a este respecto: “Un cuestionamiento de la legitimidad de las inscripciones tomadas a detenidos con su consentimiento pero sin asistencia letrada, resulta improcedente. Del mismo modo, no podemos desconocer la legitimidad de las inscripciones de los perfiles genéticos hechas en otros países que no exijan esta asistencia letrada en la toma de muestras de detenidos, como es la gran mayoría de los países de nuestro entorno; algunos de los cuales ni siquiera solicitan el consentimiento”.

- Como conclusión final y con el fin de poner un poco de luz en la problemática que se plantea en el presente trabajo, suscribimos plenamente la solución que el legislador planteó a través del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (Consejo de Ministros, 22 de julio de 2011), en cuyos artículos 262 a 267 se regulaban las investigaciones mediante marcadores de ADN. En concreto, en el artículo 265, se trataba lo relativo a garantías e información diciendo en su apartado 2º: *“Si se encontrase detenido, podrá prestar el consentimiento sin necesidad de asistencia letrada, siempre que no se utilicen otros medios o instrumentos distintos del frotis bucal”*.

BIBLIOGRAFÍA

- **ANGOSO, Alberto; CARRO FERNÁNDEZ, Roberto; CELA, Antonio Ignacio; CURIEL, Aitor; NIETO, Ignacio; OTÍN DEL CASTILLO, José María.** “Ciencias de la Investigación Criminal. Policía Científica I”. *Introducción a la protección de indicios en el lugar del delito*, págs. 211-227. 2014. CISE, Ciencias de la Seguridad – Universidad de Salamanca.
- **BAYÓN LÓPEZ, Carlos.** “El ADN: una certeza científica que nos hace únicos (parte I)”. *Quadernos de Criminología “QdC”. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, núm. 26, 2015, págs. 11-15.
- **CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto.** “Un intruso en la escena”. *Quadernos de Criminología “QdC”. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, núm. 10, 2010, págs. 28-29.
- **CARRO FERNÁNDEZ, José Roberto.** “Un intruso en la escena II”. *Quadernos de Criminología “QdC”. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, Núm. 11, 2010, págs. 14-16.
- **DOLZ LAGO, Manuel Jesús.** “ADN y derechos fundamentales (breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN –frotis bucal- a detenidos e imputados)”, *Diario La Ley* nº 7774, jueves 12 de enero de 2012.
- **DINWIDDIE, Robert.** “Bocados de Ciencia”. Editorial Océano S.L – 2010.
- **ETXEBERRÍA GURIDI, J.F.** *El análisis del ADN y su aplicación al proceso penal*. Ed. Comares, Granada, 2000; 380 págs.
- **FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL.** “Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la huella genética y su valoración judicial”. *La Ley*, tomo 1-1999, ref. D-23
- **FIGUERO NAVARRO, Carmen y AMO RODRÍGUEZ, Antonio.** “La Cadena de Custodia”. *Policía Científica: 100 años de ciencia al servicio de la Justicia*. Ministerio del Interior, Comisaría General de Policía Científica. Págs. 315-331.
- **FRÍAS MARTÍNEZ, Emilio.** “ADN y privacidad en el proceso penal”. *Diario la Ley*, nº 8159, Sección Doctrina, 30 Sep. 2013, Año XXXIV. Editorial La Ley.
- **GIMENO SENDRA, Vicente.** “La prueba preconstituida de la Policía Judicial”. *Revista Catalana de Seguridad Pública*. Mayo de 2010, págs. 37 y ss.
- **HOYOS SANCHO, Montserrat.** “Estudio crítico de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de los requisitos y garantías en la toma de muestras de ADN del sospechoso”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Nº 36, enero-junio de 2012. Págs. 147 y ss.
- **HOYOS SANCHO, Montserrat.** “Archivo y conservación en registros policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN. Sentencia TEDH, S. y Marper contra el Reino Unido, de 04-12-2008 y la regulación española sobre obtención y

registro de identificadores obtenidos a partir del ADN del sospechoso o imputado”. Págs. 215 y ss.

• **MUÑOZ CUESTA, FJ.:** “Obtención de muestras del inculpado contra su voluntad para determinar su ADN: posibilidad de utilizar la fuerza física”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 25/2006 –Comentario–.

• **MUÑOZ SABATÉ, Lluís.** “Sobre la práctica judicial de obtención del ADN”. *Diario La Ley*. Nº 8471, Sección Tribuna, 2 de febrero de 2015, Ref. D-41. Editorial La Ley.

• **ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo.** “El ADN en la investigación penal. Breve repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH”, *Revista de Ministerio Fiscal*, núm. 6, año 1999.

• **RICHARD GONZÁLEZ, Manuel.** “Requisitos para la toma de muestras de ADN del detenido e impugnación de las que constan en las base de datos policial de ADN, según Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 en esta materia”. *Diario la Ley*, nº 8445, Sección Tribuna. 19 de diciembre de 2014. Año XXXV, Ref. D-427. Editorial La Ley

• **SOLÍS ORTEGA María del Carmen:** “El ADN en las Investigaciones Policiales”. *La Policía Científica: Un siglo de ciencia al servicio de la Justicia*. Publicaciones de la Fundación Policía Española. Colección Estudios de Seguridad. Págs. 89-101.

Listado de jurisprudencia

- STS 1697/1994 de 4 de octubre.
- STS 803/2003 de 4 de junio.
- STC 170/2003 de 29 de septiembre.
- STS 501/2005 de 19 de abril.
- STC 145/2005 de 6 de junio.
- STS 179/2006 de 14 de febrero
- STS 355/2006 de 20 de marzo.
- STS 949/2006 de 4 de octubre.
- STC 281/2006 de 9 de octubre.
- STS 968/2006 de 11 de octubre.
- STS 485/2007 de 28 de mayo.
- STS 940/2007 de 7 de noviembre.
- STS 1062/2007 de 27 de noviembre.
- STS 863/2008 de 3 de diciembre.
- STS 1190/2009 de 3 de diciembre.
- STS 1349/2009 de 29 de diciembre.
- STS 151/2010 de 22 de febrero.
- STS 240/2010 de 24 de marzo.
- STS 634/2010 de 28 de junio.
- STS 685/2010 de 7 de julio.
- STS 53/2011 de 10 de febrero.

- STS 353/2011 de 9 de mayo.
- STS 827/2011 de 25 de octubre.
- STS 109/2012 de 14 de febrero.
- STS 709/2013 de 10 de octubre.
- STS 734/2014 de 11 de noviembre.